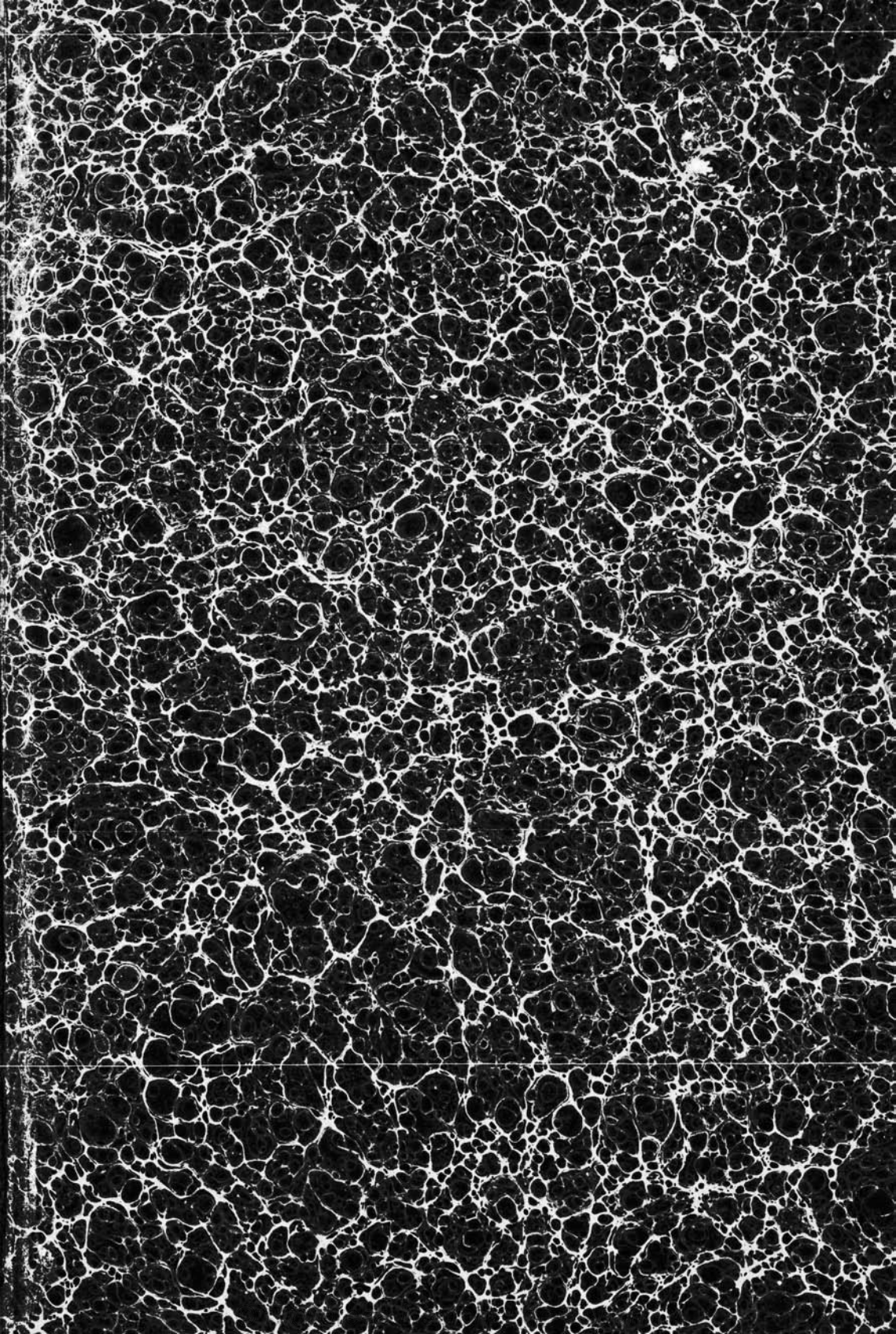
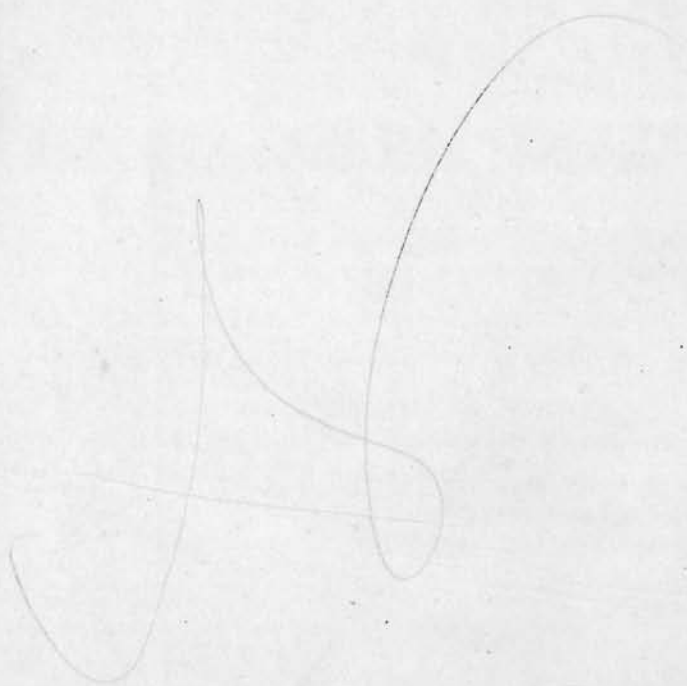




H. a.

53





NUEVO FEBRERO MEXICANO.

OBRA COMPLETA

DE

JURISPRUDENCIA

TEÓRICO-PRÁCTICA,

DIVIDIDA EN CUATRO TOMOS:

en el primero y segundo se trata de la parte teórica; en el tercero de las
sustanciaciones de todos los juicios y de todos los tribunales estableci-
dos en la República; y en el cuarto del derecho administrativo.

PUBLICADA POR MARIANO GALVAN RIVERA.

TOMO PRIMERO.



MÉXICO.

Se vende en la librería núm. 7 del Portal de Mercaderes.

ESTA OBRA ES PROPIEDAD DE MARIANO GALVAN RIVERA, Y NO SE PUEDE REIMPRIMIR SIN
SU PERMISO.



MEXICO: 1850.

**IMPRESO POR SANTIAGO PEREZ, CALLE DEL ÁNGEL NÚM 2,
BAJOS DEL TRIBUNAL MERCANTIL.**

INTRODUCCION.

EAS varias ediciones que en diferentes veces se han formado de la obra de Jurisprudencia teórico-práctica, escrita por D. José Febrero, son otras tantas pruebas de su mérito; pues aunque la primitiva adoleció de la falta de un buen orden y método sistemático de doctrinas, cosa natural de la época en que fué escrita, el Sr. Gutierrez al adiconarla la purgó en gran parte de tan considerable defecto. Despues los licenciados D. Eugenio Tapia, en España, y D. Anastasio de la Pascua, en México, aprovechando las reformas de otros jurisconsultos la perfeccionaron mas y mas, habiéndole el segundo añadido, para hacerla adaptable á esta República, los decretos mexicanos sancionados hasta el año de 1834 en que publicó su edicion. De esa fecha á la presente se han promulgado multitud de disposiciones, se han introducido nuevas prácticas, y en una palabra, se ha alterado nuestra legislacion con particularidad en el ramo de administracion de justicia: de ahí ha provenido que algunos tratados de aquellas se hayan hecho inútiles y que otros necesiten de reformas.

El mismo D. Eugenio de Tapia, atendiendo á la actual ilustracion del siglo y á las variaciones que tambien en España se introdujeran, conoció que su primera obra requeria algunas mejoras y se propuso escribir otra dándole una forma y método enteramente nuevos, lo que verificó en 1845. Esta aunque en sí es de grande estima y aunque contiene muchas disposiciones de la Recopilacion de Indias de que carecia la antigua, no es con todo adaptable á nuestras presentes circunstancias.

Convencido de esta verdad he querido escribir una nueva edicion sirviéndome de base la última de D. Eugenio Tapia, á la cual añadiré todas las disposiciones mexicanas análogas á las respectivas materias que se hayan publicado hasta el presente año de 1851, adornándola además con doctrinas curiosas de los autores contemporáneos que mas se han distinguido, y haciendo al final de cada título algunas observaciones filosóficas tomadas de uno de los jurisconsultos mas modernos.

Como no solo escribo esta obra para las personas que se dedican á la carrera del foro, sino tambien para todas aquellas que por cualquier título tienen que intervenir en la direccion de los negocios públicos, he creido conveniente tratar en el último tomo de la ciencia del derecho administrativo. Su importancia es notoria, si en los abogados y jueces se requieren estudios previos, que garanticen el tino y acierto con que de-

sempeñaran su profesion, sin embargo de que los asuntos que se pongan en sus manos pueden considerarse privados ó de particulares; ¿con cuánta mas razon no deberá exigirse una ciencia prévia, en aquellas personas á quienes se encomiendan negocios que afectan mas inmediatamente á la felicidad pública, que refluyen á todas horas en las acciones aun menos importantes de la vida privada y que sus errores y sus aciertos son casi siempre de grave trascendencia? „Exigir estudios preliminares „al juez y al abogado,” dice un célebre autor contemporáneo, „y no á los „que están investidos del carácter de autoridades políticas, equivale á „hacer de peor condicion á la sociedad que al individuo, ó suponer que „los intereses de las familias no pueden ser perjudicados por las resoluciones de la administracion, y á establecer la doctrina de que los magistrados que pronuncian sus audiencias públicas, sin juicios contradictorios, sin fórmulas, sin trámites, sin términos y sin defensores, necesitan tan poca instruccion que los que con tantas prendas del acierto han „de decidir de contiendas individuales.” Y poco despues añade: „Em„presa difícil es la de gobernar á los pueblos, sin los estudios del publicista, sin las vigilias del jurisconsulto, sin las lecciones de la práctica, „como lo seria la de administrar justicia al que desconociera el derecho „civil y penal.” Estas consideraciones prueban de un modo inequívoco lo interesante de la materia y la necesidad de un libro que dilucide y trate del derecho administrativo mexicano, no habiendo hasta ahora otro que se haya propuesto tal objeto; el tratar de formar administradores hábiles que comprendiendo la índole y estension de sus deberes, puedan llenar cumplidamente la difícil mision confiada á los altos funcionarios, es una tarea digna de elogio.

He espuesto sencillamente el plan de la obra que voy á escribir; no se imagine el lector hallar en ella ninguna discusion política que afecte en particular á nuestro pais, ni menos aun alguna que toque los dogmas de nuestra sagrada religion. Lo que escribo no es una cosa nueva y no tratada por otros, ni los principios de legislacion son desconocidos para los mexicanos; por eso he compendiado mis esplicaciones para que su lectura no fastidie á los inteligentes, para que sirvan de instruccion á los que no las han meditado y para que en su vista se convenzan de la necesidad de estudiar. Tal vez esta obra no agraderá á muchos, á unos porque no se va en ella á lisonjear las pasiones, y á otros porque han de ver combatidos sus errores y preocupaciones. Sin embargo si recibe buena acogida de las personas sensatas, instruidas é imparciales, quedará satisfecho el R.

TITULO PRELIMINAR.

Secc. 1.^a Nociones generales.

Secc. 2. de la ley. § 1 definición y caracteres de la ley.

§ 2. De la formación de la ley.

§ 3. Promulgación de la ley.

§ 4. Efectos de la ley.

§ 5. Aplicación de la ley.

Secc. 3. De la costumbre.

NOCIONES GENERALES

SECCION 1.^a

La base que tienen las leyes positivas es la moral, que debe regir y gobernar á los hombres de todos los pueblos. Estos ó los consideramos con relacion á las demas naciones, ó respecto del interior de las que constituyen; de aquí proviene la division del derecho en exterior ó de gentes, y en interior ó peculiar de cada pueblo. Omitiendo hablar del primero, por ser ageno de nuestro propósito, manifestaremos las diversas clases de leyes que constituyen el interior.

Este se compone: 1.º De leyes fundamentales llamadas políticas por su objeto; y son las que constituyen la forma de gobierno, organizan los poderes públicos, determinan su naturaleza, su extension y sus límites; siendo su objeto las instituciones generales que rigen á los pueblos.

2.º De las administrativas que marcan las relaciones del gobierno con los gobernados; á éstas pertenecen entre otras las reglamentarias de los servicios públicos, las que protegen los establecimientos de necesidad ó de utilidad común, y las que regulan el buen orden interior político y económico.

3.º De las civiles que establecen las relaciones recíprocas de los ciudadanos.

4.º De las que fijan las relaciones del hombre con la ley: á cuya especie pertenecen las penales y las relativas al orden judicial.

El derecho civil como se ha indicado es la coleccion de las disposiciones legales que establecen las relaciones mútuas de los ciudadanos. De cuya definicion se infiere que el derecho civil declara los derechos y obligaciones de los hombres en las diferentes condiciones de la vida privada, y que fija los modos de adquirir, conservar, recobrar y perder los primeros, y los medios de hacer eficaces las segundas.

El derecho penal es la reunion de leyes que hacen respetable á la sociedad por el castigo y reprension de los delitos.

El derecho civil y el penal tienen por fuentes á la ley y á la costumbre (1). Acerca de éstas rigen ciertas disposiciones generales, que están íntimamente relacionadas con toda la legislacion, y que deben considerarse como principios

[1] Leyes 4, út. 1 y 4, út. 2, part. 1.

que regulan el modo de aplicarla. De ellas voy á ocuparme.

SECCION 2.^a

DE LA LEY.

§ 1.º *Definicion y caracteres de la ley.*

Ley es una declaracion solemne del poder legislativo, cuyo objeto es el régimen interior de la nacion y el interés comun. Sus caracteres deben ser que sea obligatoria, general y estable.

La circunstancia de ser obligatoria, comprende tanto á las que se llaman permisivas, como á las meramente prohibitivas (1). Las primeras crean un derecho que no puede concebirse sin la obediencia, puesto que las palabras *derechos y obligaciones* siempre son correlativas.

El segundo carácter de la ley es la generalidad (2); porque el legislador debe considerar constantemente en abstracto las acciones, y á los asociados en comun. Si descendiese á los individuos en particular, crearia privilegios, destruiria la unidad social y el principio de la igualdad. Esta doctrina no excluye las leyes que determinan derechos singulares, ó beneficios á toda una clase, por razones de justicia que obligan al legislador, como son las otorgadas á los menores y mugeres, impropriamente llamados privilegios, siendo solo las escepciones de la ley comun, hechas en gracia ó en odio de las personas.

La estabilidad de la ley es hija del principio que mira al porvenir, y de la imparcialidad con que se forma, no cediendo á circunstancias del momento. Esta permanencia que produce la confianza y la seguridad en los derechos

que declara, no significa la perpetuidad de la ley, que puede y debe ser reformada, ó derogarse cuando así lo exijan los intereses públicos (1).

En las leyes han de considerarse:

- 1.º Su formacion.
- 2.º Su promulgacion.
- 3.º Sus efectos.
- 4.º Su aplicacion.

§ 2.º

DE LA FORMACION DE LA LEY.

En los gobiernos absolutos la facultad de hacer las leyes ha residido siempre en el rey (2). Las leyes, pues, han tenido un mismo origen sin esceptuar las pragmáticas-sanciones, que se llamaban así á las declaraciones, en que el rey respondia á los pedidos del reino en córtés.

En las monarquías moderadas la facultad de hacer las leyes reside en las córtés con el rey que sanciona, si lo estima conveniente al interés comun, lo que los cuerpos legislativos previamente han aprobado.

Entre nosotros la facultad de hacer las leyes corresponde esclusivamente al congreso nacional, si aquellas fuesen generales á toda la República: ó al particular de los estados si solo á ellos dijesen relacion (3).

El congreso nacional se compone de dos cámaras: una llamada de diputados y otra de senadores. La constitucion federal respecto de la formacion de leyes tiene sancionados los artículos siguientes:

Art. 51. La formacion de las leyes y decretos pueden comenzar inmediatamente en cualquiera de las dos cámaras,

[1] Regla 37. part 7.

[2] Leyes 12 y 14, tit. 1, part. 2, y 3 tit. 2 lib. 3, Nov. Recop.

[3] Constitucion federal de 1824 y acta de reformas publicada el 21 de Mayo de 1847.

[1] Leyes 15 y 16, tit. 1 part. 1.

[2] Regla 36, part. 7.

á escepcion de las que versaren sobre contribuciones ó impuestos, las cuales no pueden tener su origen sino en la cámara de diputados.

52. Se tendrán como iniciativas de ley ó decreto:

1.º Las proposiciones que el presidente de los Estados-Unidos mexicanos, tuviere por conveniente al bien de la sociedad, y como tales las recomendaré precisamente á la cámara de diputados.

2.º Las proposiciones y proyectos de ley ó decretos que las legislaturas de los estados dirijan á cualquiera de las cámaras.

53. Todos los proyectos de ley ó decreto sin escepcion alguna se discutirán sucesivamente en las dos cámaras, observándose en ambas con exactitud lo prevenido en el reglamento de debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

54. Los proyectos de ley ó decreto que fueren desechados en la cámara de su origen, antes de pasar á la revisora, no se volverán á proponer en ella por sus miembros en las sesiones de aquel año, sino hasta las ordinarias del año siguiente.

Art. 63. Las partes que de un proyecto de ley ó decreto reprobaré por primera vez la cámara revisora, tendrá los mismos trámites que los proyectos desechados por primera vez en su totalidad por ésta.

64. En la interpretacion, modificacion ó revocacion de las leyes y decretos, se guardarán los mismos requisitos que se prescriben para su formacion.

65. Siempre que se comunique alguna resolucion del congreso general al presidente de la república, debe ir firmada de los presidentes de ambas cámaras, y por un secretario de cada una de ellas.

66. Para la formacion de toda ley ó decreto se necesita en cada cámara la presencia de la mayoría absoluta de todos los miembros de que debe componerse cada una de ellas.

Las disposiciones que sobre esta misma materia ha sancionado la acta de reformas publicada en 21 de Mayo de 1847 son las siguientes:

Art. 14. En ningun caso podrá tenerse por aprobado un proyecto de ley con menos de la mayoría absoluta de votos de los individuos presentes en cada una de las cámaras.

Art. 22. Toda ley de los estados que ataque la constitucion ó las leyes generales, será declarada nula por el congreso; pero esta declaracion solo podrá ser iniciada en la cámara de senadores.

Art. 23. Si dentro de un mes de publicada una ley del congreso general, fuere reclamada como anticonstitucional, ó por el presidente, de acuerdo con su ministerio, ó por diez diputados, ó seis senadores, ó tres legislaturas, la Suprema Corte ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al exámen de las legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo dia darán su voto.

Las declaraciones se remitirán á la Suprema Corte, y ésta publicará el resultado quedando anulada la ley, si así lo resolviere la mayoría de las legislaturas.

Art. 24. En el caso de los dos artículos anteriores, el congreso general y las legislaturas á su vez, se contraerán á decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es ó no anticonstitucional; y en toda declaracion afirmativa se insertarán la letra de la ley anulada y el texto de la constitucion ó ley general á que se oponga.

§ 3.º

PROMULGACION DE LA LEY.

La promulgacion de las leyes es el acto por el que se notifican á la sociedad, es la voz viva del legislador. Antes de la publicacion, la ley en lo relativo á su formacion está perfecta; pero no es obligatoria hasta que se halla revestida del carácter constitucional de la promulgacion.

La publicacion corresponde al poder ejecutivo que dispone sea publicada suficientemente en todos los pueblos.

Los términos en que sobre este punto se esplica la constitucion federal son los siguientes:

Art. 55. Si los proyectos de ley ó decreto despues de discutidos, fueren aprobados por la mayoría absoluta de los miembros presentes de una y otra cámara, se pasarán al presidente de los Estados-Unidos, quien si tambien los aprobare los firmará y publicará; y si no, los devolverá con sus observaciones dentro de diez dias útiles á la cámara de su origen.

Art. 56. Los proyectos de ley ó decreto devueltos por el presidente segun el artículo anterior, serán segunda vez discutidos en las dos cámaras. Si en cada una de ellas fueren aprobados por las dos terceras partes de sus individuos presentes, se pasarán de nuevo al presidente, quien sin escusa deberá firmarlos y publicarlos; pero si no fueren aprobados por el voto de los dos tercios de ambas cámaras, no se podrán volver á proponer en ellas sino hasta el año siguiente.

Art. 57. Si el presidente no devolviese algun proyecto de ley ó decreto dentro del tiempo señalado en el artículo 55, por el mismo hecho se tendrá por sancionado, y como tal se promulgará á me-

nos que corriendo aquel término, el congreso haya cerrado ó suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolucion deberá verificarse el primer dia en que estuviese reunido el congreso.

Art. 58. Los proyectos de ley ó decreto desechados por primera vez en su totalidad por la cámara revisora, volverán con las observaciones de ésta á la de su origen. Si examinados en ella, fueren aprobados por el voto de los dos tercios de sus individuos presentes, pasarán segunda vez á la cámara que los desechó, y no se entenderá que ésta lo reprobaba, si no concurre para ello el voto de los dos tercios de sus miembros presentes.

Art. 59. Los proyectos de ley ó decreto que en la segunda revision fueren aprobados por los dos tercios de los individuos de la cámara de su origen, y no desechados por las dos terceras partes de los miembros de la revisora, pasarán al presidente, quien deberá firmarlos y circularlos, ó devolverlos dentro de diez dias útiles con sus observaciones á la cámara en que tuvieron su origen.

Art. 60. Los proyectos de ley ó decreto que segun el art. anterior devolviese el presidente á la cámara de su origen, se tomarán otra vez en consideracion; y si ésta los aprobare por el voto de los dos tercios de sus individuos presentes, y la revisora no los desechare por igual número de sus miembros, volverán al presidente, quien deberá publicarlos. Pero sino fueren aprobados por el voto de los dos tercios de la cámara de su origen, ó fueren reprobados por igual número de la revisora, no se podrán promover de nuevo, sino hasta las sesiones ordinarias subsecuentes.

Art. 61. En el caso de la reprobacion por segunda vez de la cámara revisora,

segun el art. 58, se tendrán los proyectos por desechados, no pudiéndose volver á tomar en consideracion, sino hasta el año siguiente.

Art. 62. En las adiciones que haga la cámara revisora á los proyectos de ley ó decreto, se observarán las mismas formalidades que se requieren en los proyectos para que puedan pasarse al presidente.

§ 4.º

EFFECTOS DE LA LEY.

La ley mira solo el porvenir y por eso se dice que no tiene efecto retroactivo (1): máxima eterna consagrada en todos los códigos y que puede considerarse como un principio de moral legislativa. Pero cuando sin establecer nuevo derecho la ley esplica solo el sentido de otra que le precedió, entonces se retrotrae la nueva al tiempo de la que dió lugar á la duda, pero respetando siempre la autoridad de la cosa juzgada, las transacciones y las decisiones arbitrales consentidas.

Los efectos de la ley se estienden á todos los individuos del estado, quienes no podrán alegar ignorancia de las promulgadas (2), estando derogadas por las leyes de la recopilacion la limitacion que en beneficio de los rústicos, de los soldados y de las mugeres hicieron las de partida (3). „Mas ¿cuál es el libro de la ley, pregunta Escriche (4) en que nosotros podemos hallar tan preciosas ventajas? ¿Es acaso el fuero juzgo, compilacion de leyes y concilios; de leyes de otros tiempos, de leyes tan estrañas ahora como su nombre? ¿Es el código de

las siete partidas lleno de disposiciones alusivas á costumbres que no conocemos, ó fundadas en principios que ya no existen? ¿Es, por omitir á otros muchos, la recopilacion, ese hacinamiento confuso de leyes nuevas y viejas, sin plan, sin conexion, sin principios uniformes, fárrago de documentos de legislacion y de historia? ¿Son quizá todos juntos con el inmenso escuadron de los intérpretes, comentadores y tratadistas? Si en otros pueblos se ha hecho comun la ciencia del derecho, es porque tienen códigos sencillos, claros y metódicos, puestos al alcance de los ciudadanos de todas clases; pero nuestra legislacion carece de tales perfecciones: ella se compone de muchos códigos; códigos que en parte rigen y en parte están suprimidos; códigos que entre sí no tienen coherencia ni analogía; códigos que si bien son otros tantos monumentos de la sabiduría de nuestros padres, no pueden menos de resentirse de las circunstancias de los tiempos en que se hicieron, ni de estar en contradiccion con los progresos del espíritu humano, abriendo por consiguiente la puerta no solo á nuevas prácticas, sino á la arbitrariedad de los tribunales; códigos en fin que contienen mezcladas leyes vigentes y leyes caducas, leyes que se contradicen, leyes derogadas y otra vez restablecidas parcial ó totalmente por leyes posteriores, ó por un uso contrario, de suerte que apenas pueden conocerlas, distinguirlas y desenredarlas los juriconsultos encanecidos en su estudio; júzguese ahora, añadimos nosotros, de la posibilidad de cumplir con la obligacion impuesta á todo ciudadano de saber las leyes.

Los efectos de éstas alcanzan tambien á los extranjeros (1). Esta doctrina

[1] Art. 148 Constitucion federal. Ley 15, tit. 14, part. 3.

[2] Ley 2, tit. 2, lib. 3, Nov. Rec.

[3] Ley 15, tit. 1, part. 1.

[4] Prólogo del diccion. de legislac.

[1] Ley 1, tit. 1, part. 1.

sentada por los publicistas y admitida en los pueblos cultos, no es extensiva á todas las leyes sino solo á algunas relativas á sus personas y á sus bienes.

Todos los extranjeros que residen en la república están personalmente sujetos á las leyes de seguridad y policía por las que son protegidos, y de cuya observancia no podría dispensárseles sin peligro del estado. Por lo que toca á los agentes extranjeros diplomáticos y consulares, ha de estarse á las reglas del derecho de gentes y á los tratados con sus respectivas naciones.

Con relacion á sus bienes, los extranjeros están sujetos á las leyes del país por los inmuebles que en él posean. Esto puede considerarse como una consecuencia del dominio eminente, por el que entendemos la facultad que cada nación tiene de arreglar la disposición de los bienes por leyes civiles, exigir de los que los poseen contribuciones proporcionales á las necesidades del estado y disponer de ellos previa indemnización cuando el interés público lo exija. También quedan obligados al pago de alcabalas por la introducción de sus efectos y á los impuestos que las leyes han establecido á los giros mercantiles é industriales. Toda esta materia la desenvolveremos en sus lugares oportunos.

Algunos entregándose á los delirios de la cabilación, han querido exceptuar del deber de observar las leyes civiles á los ministros del culto; pero San Juan Crisóstomo (1) explicando aquellas palabras de San Pablo *„omnis anima potestatis sublimioribus subdita sit“* dice „que no exceptúa el apóstol mas á los sacerdotes y religiosos, que á los seculares: así es que este precepto os toca, seais

apóstol, evangelistas, ó en fin, cuanto pudiéreis imaginar.“ Si todavía no fuere bastante respetable la opinión de un padre de la iglesia, oigamos á un Sumo Pontífice (1), que desde su trono decía: „La Santa Escritura nos enseña que nosotros estamos también sujetos á los príncipes.“ Aunque los eclesiásticos están consagrados á Dios de un modo particular, no por eso dejan de ser miembros del estado: viven bajo la protección de las leyes y gozan de la seguridad, tranquilidad y abundancia que ellas proporcionan á los ciudadanos. Y como la primera y mas inviolable de todas las condiciones bajo las cuales disfrutan estos bienes, es la de la obediencia á las leyes que los protegen y defienden, necesario es, ó que renuncien las ventajas de la sociedad en que viven, ó que sufran aquella carga. Se nos dirá que los concilios y papas (2) han substraído á los eclesiásticos de la jurisdicción civil, y por lo mismo que ésta es incompetente para obligarlos con sus leyes. Mas obsérvese con Mr. Real, que los que han dictado esas disposiciones, son eclesiásticos que han decidido en causa propia, y sin la autoridad necesaria para pronunciar sobre un punto que en nada interesa á la fé, y que todo depende de la voluntad del soberano. Los concilios y papas no están autorizados para fijar los derechos de éstos, por el contrario á ellos toca contener á la autoridad eclesiástica dentro de los límites prescritos por Jesucristo.

§ 5.º

APLICACION DE LA LEY.

La acción de la justicia no puede ser detenida sin graves inconvenientes, y así

[1] Hom. 23, in Epist. ad Rom.

[1] Pelag. Pap. t. 5, Conc. Labb.
[2] Pueden verse en Ferraris Biblioteca verb. Lex. art. 3, núm. 49 y siguientes.

los jueces no deben paralizar su administracion, fundados en el silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes. Formuladas éstas sobre principios y consideraciones generales, y comprendiendo en abstracto los casos frecuentes, no pueden abarcar todos los [que han de ofrecerse en la práctica, que deben ser juzgados por los que las leyes prescriben en otros semejantes (1). Esto ha dado lugar á la interpretacion. Repelida por algunos como hija de códigos redactados bajo un vicioso sistema casuístico siempre es indispensable, aunque las compilaciones legales llegaran al bello ideal, que no puede esperarse de las obras de los hombres.

Interpretacion es entender bien y derechamente la ley, esto es, de la manera mas sana y provechosa como dicen las partidas (2). Lo cual entra en el dominio del jurisconsulto, que no solo debe conocer la letra testual de la ley, sino tambien su espíritu y su tendencia.

La interpretacion es usual ó doctrinal. Usual es la que proviene de la práctica y forma de una jurisprudencia consuetudinaria. Doctrinal es la que los autores y juristas fijan para casos especiales, explicando, restringiendo ó estendiendo la ley. La que algunos llaman auténtica que es la dada por el mismo legislador, como suele comprender disposiciones generales y uniformes, es mas que interpretacion una nueva ley. Para un caso y negocio único no puede darse, porque seria una invasion del poder legislativo en las atribuciones judiciales.

Interpretar la ley es la mision mas noble del jurisconsulto. Las reglas á que debe sujetarse son las siguientes:

1.º El respeto escrupuloso á la ley, cuyo tenor literal no puede ser eludido á pretesto de penetrar en su espíritu.

2.º La equidad judicial que consiste en volver la vista á la ley natural, cuando no existe una positiva, ó en la parte en que ésta es oscura ó insuficiente.

3.º El espíritu del legislador que se deducirá de la creencia y opiniones de la época de la ley, de las esposiciones ó motivos incluidos en su preámbulo ó en su parte espositiva, y de las demás leyes contemporáneas.

4.º Ampliacion de todo lo que ha considerado favorable el legislador, y restriccion de todo lo adverso.

5.º Ampliacion de la ley de un caso igual á otro igual.

6.º Ampliacion de lo mas á lo menos en leyes permisivas.

7.º Ampliacion de lo menos á lo mas en las prohibitivas.

Es un principio consagrado en todos los códigos que la costumbre tiene fuerza de ley, máxima heredada de los pueblos nacientes, gobernados solo por usos y reglas tradicionales. La formulacion de los preceptos en leyes, si bien dió estabilidad á la legislacion, dejó vacíos que no era posible evitarlos, y que solo puede llenar la costumbre, que es el suplemento de la ley. Puede pues definirse el derecho introducido legítimamente por la repeticion de actos consentidos por el legislador.

Para su admision se necesita que sea conforme con la religion é interés del pais, el uso no interrumpido de diez años, ratificado por treinta juicios ó actos uniformes sin contradiccion, y la ciencia y paciencia del legislador (1).

Introducida así la costumbre no solo

[1] Regla 36, part. 7.

[2] Ley 13, tit. 1, part. 1.

[1] Ley 5, tit. 2, part. 1.

suple á la ley en sus omisiones, sino que tambien deroga á la que se le opone (1). En este caso se denomina costumbre contra ley, que es diferente del no uso, el que no puede alegarse contra las leyes (2).

En el código de la Recopilacion de Indias se dispone (3), que las leyes y

buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas despues que fueron cristianos, no siendo opuestas á la religion, ni á las leyes escritas, se guarden y ejecuten; aprobándolas y confirmándolas si así fuese necesario.

LIBRO PRIMERO.—DE LAS PERSONAS.

TITULO 1.º

Del estado natural y civil de las personas.

CAPÍTULO I.

DEL ESTADO NATURAL DE LAS MISMAS.

1. Qué se entiende por persona? Diferencia de personas segun su estado ó condicion privada.
2. ¿Qué dispone la ley acerca de los no nacidos, ó aun existentes en el vientre de sus madres?
3. Circunstancias que se requieren para que se juzgue natural y no abortivo el parto.
4. Distincion de varones y hembras para los efectos civiles.
5. Division nacida de las diferentes edades.

1. Persona, segun la acepcion que tiene en este primer libro, es el hombre con relacion á su estado ó condicion privada. Lllaman los autores estado natural al que emana de la misma naturaleza, y bajo este concepto se dividen las personas en nacidas y por nacer, ó existentes, aun en el vientre de su madre; en varones y hembras; advirtiendole que apesar de la opinion de varios teólogos y jurisconsultos se tiene por fabulosa la existencia de verdaderos hermafroditas, esto es, de personas varones y hembras á un mismo tiempo, que hayan concebido y hecho concebir; y la niegan efectivamente los filósofos, Aristóteles, Alberto Magno, Valmont de Bomaire, Buffon, el abate Herbas, y los mas célebres anatomistas modernos (1). Se dividen tambien las personas por su estado natural en mayores y menores de edad. Estado civil es el que solo procede de las leyes. En este sentido se consideran los hombres como naturales ó naturalizados, y extranjeros; como vecinos domiciliados ó transeuntes. Finalmente se comprende en este libro el estado de familia se-

[1] Ley 6, tit. 2, de la misma part.

[2] Ley 3, tit. 2, lib. 1, Nov. Rec.

[3] Leyes 4, tit. 1, lib. 2 y 22, tit. 2, lib. 5.

[1] Escriche dicc. de legis. verb. hermafroditas.

gun el cual unos son padres y otros hijos; unos están bajo tutela y otros del todo independientes.

2. De los no nacidos dispone la ley que cuando se trate de su bien ó utilidad, se les tengan por nacidos. Así que les corresponden los remedios posesorios y el beneficio de la restitucion *in integrum*; pueden ser instituidos herederos, sustituidos, y ser nombrados sustitutos de otros; invalidan y anulan el testamento de sus padres si les hubieren preferido ú olvidado; se les puede nombrar tutor; y en suma gozan de todos los derechos y prerogativas de los nacidos, con tal que nazcan despues, en cuyo caso se les llama póstumos (1). Pero es de advertir que éstos no revocan la donacion hecha por su padre á un tercero hasta que nacen, ni se le restituyen los frutos sino desde el dia de su nacimiento. En el tratado de las sucesiones hereditarias se hablará de las precauciones que deberán tomarse cuando la muger queda en cinta á la muerte del marido, con el fin de asegurar los respectivos derechos.

3. Para gozar de todo lo espresado en cuanto á la sucesion y otros efectos legales, como tambien para que se estime natural y no abortivo el parto, han de concurrir simultáneamente las cuatro circunstancias que siguen, en tales terminos que faltando una de ellas, basta para privar á los póstumos del derecho de suceder á sus ascendientes.

1.º Que nazcan enteramente vivos y con figura humana, aunque sean deformes ó defectuosos (2).

2.º Que nazcan en tiempo hábil, esto es, entrado por lo menos el séptimo

mes del embarazo, segun la ley de partida (1).

3.º Que despues de nacidos vivan veinticuatro horas naturales por lo menos.

4.º Que sean bautizados antes de morir (2), aunque sea con agua que llaman de socorro. Si de un parto nacieren varon y hembra, debe entenderse que el varon salió á luz primero, no pudiéndose acreditar lo contrario (3). Si fueren ambos varones y no puidere averiguarse cuál de ellos nació primero, ambos deben de haber aquella honra y heredamiento que tendria el que antes naciese segun se explica la ley de partida (4).

4. Por lo que hace á la segunda distincion de varones y hembras, disponen las leyes, que éstas por razon del sexo no pueden obtener empleos, ni cargos públicos, ni ser testigos en ciertos casos, ni gozar de otros derechos que se espresarán en los lugares correspondientes; pero en cambio tienen otras prerogativas peculiares del sexo, y las excusa la ignorancia del derecho (5).

5. En orden á la distincion nacida de la edad, es de advertir que los menores pueden considerarse antes ó despues de la pubertad, la cual en los varones empieza á los catorce años cumplidos y en las hembras á los doce (6).

[1] Ley, 4 del mismo tit.

[2] Leyes 4 y 5, tit. 23 part. 4 y 2, tit. 15, lib. 10 Nov. Recop.

[3] Ley 12, tit. 23 part. 7.

[4] La misma ley.

[5] Segun las leyes 21, tit. 1 part. 1. 6 tit. 14, part. 3 y 29, y 31, tit. 14, part 5, la ignorancia del derecho en asuntos civiles, y para evitar el daño, excusa á los militares en servicio activo, á los rústicos y á las mugeres; pero aquellas leyes están derogadas por la 1 y 2, tit. 2, lib. 3, Nov.Rec. sin embargo en lo criminal se acostumbra mitigar la pena á la muger cuando resulta que la debilidad del sexo dió origen al delito. Recuérdese lo que sobre esto se dijo en el tit. preliminar.

[6] Ley 12 y ult., tit. 16, part 6.

[1] Ley 3, tit. 23, part. 4 y 8, tit. 33, part. y

[2] Ley 4 tit. 23, part. 4.

Los que no han cumplido siete años se llaman infantes (1); próximos á la infancia llamaban los romanos á los que estaban mas cerca de ésta que de la pubertad; y á los que á la inversa se acercaban á esta última, les decían próximos á la pubertad. Aunque en nuestras leyes no se hallen tales denominaciones sino con referencia á las romanas, admiten sin embargo iguales efectos que éstas, siendo uno de ellos que los próximos á la pubertad, esto es, los que han cumplido diez años y medio, se consideren capaces de dolo y por eso deben sufrir algunos castigos; mas no los próximos á la infancia (1). Finalmente es de advertir que se llaman púberos los menores que han llegado á la pubertad, é impúberos los demás. A los menores concede el derecho un privilegio muy notable llamado restitucion *in integrum*, del cual trataré despues de la curaduría.

CAPITULO II.

Del estado civil de las personas.

1. Clasificación de las personas segun el estado civil, y quienes son ciudadanos.
2. Quienes se dicen naturales ó no naturales.
3. De los extranjeros avecindados, y de los naturalizados. De los no naturalizados.
4. De los vecinos domiciliados, y de los transeúntes.
5. Derechos y obligaciones que dimanen de la vecindad.
6. Razon porque se han descartado de la presente edición otras distinciones que hacian los autores, relativas al estado civil de las personas.

Clasificanse las personas segun el estado civil del modo siguiente:

1. Ciudadanos: tomándose esta voz en el sentido lato, y extranjeros. Escribhe (2) dice que es ciudadano cualquier individuo del estado general, y el vecino de alguna ciudad ó de un estado libre, cuya constitucion política le dé ciertos derechos. Conforme á esta doctrina, esa palabra tiene dos acepciones, de las que á la primera, se llama lata y á la segunda estricta. En aquella significacion la toma Vattel (3) en la cita que hacemos, y la ley de 12 de Julio de 1830, art. 34, part. 1.ª En la segunda está tomada en todas aquellas disposiciones en que tratándose, por ejemplo, de los requisitos para obtener algun cargo, se exige ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos.

En la acta de reformas, promulgada en 21 de Mayo de 1847, se establece en su artículo 1.º Que todo mexicano por nacimiento ó por naturalizacion, que haya llegado á la edad de *veinte años*, que tenga modo honesto de vivir y que no haya sido condenado en proceso legal, á alguna pena infamante, es ciudadano de los Estados-Unidos Mexicanos.

En su art. 2.º Que es derecho de los ciudadanos votar en las elecciones populares, ejercer el de peticion, reunirse para discutir los negocios públicos, y pertenecer á la Guardia Nacional, todo conforme á las leyes.

En su art. 3.º Que el ejercicio de los derechos de ciudadano, se suspende por ser ébrio consuetudinario ó tauror de profesion, ó vago; por el estado religioso, por el de interdiccion legal; en virtud de proceso sobre aquellos delitos por los cuales se pierde la cualidad de ciuda-

[1] Ley 1, tit. 7, part. 2 y 4, tit. 16, part. 4.

[2] Dic. de legal. verb. ciudadanos.

[3] Vattel, Derecho de gentes, lib. 1, cap. 19, núm. 212.

[1] Ley 9, tit. 1 y 17, tit. 14, part. 4

no, y por rehusarse, sin excusa legítima, á servir los cargos públicos de nombramiento popular.

En su art. 4.º Que por una ley se arreglará el ejercicio de estos derechos, la manera de probar la posesion de la cualidad de ciudadano, y las formas convenientes para declarar su pérdida ó suspensión. El ciudadano que haya perdido sus derechos políticos, puede ser rehabilitado por el congreso general.

En su art. 5.º Que para asegurar los derechos del hombre que la constitucion reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad é igualdad de que gozan todos los habitantes de la República, y establecerá los medios de hacerlas efectivas.

2. Aunque los naturales en el sentido gramatical, son únicamente los nacidos en el pais; en las leyes tiene esa palabra mayor estension, y con ella se significan aun otros en quienes no concurre este requisito (1). Entre nosotros deben distinguirse dos clases de naturales, unos que lo son de la República en general, y otros que tienen esta calidad respecto de algun estado en particular. Conforme á las leyes, es natural el nacido en el pais, de padres que ambos á dos, ó á lo menos el padre sea así mismo nacido ó esté naturalizado en él. Tambien lo es el nacido en reino extranjero, de padres, ó por lo menos de padre natural mexicano, siempre que se halle en él de paso, ó en servicio de la nacion, ó con comision del gobierno. Advirtiendole que esto se entiende con los hijos legítimos y naturales, ó con los naturales solamente; porque en los espúreos, las calidades que conforme á lo dicho se requieren en

los padres, han de concurrir en las madres (1).

Para que los nacidos en pais extranjero, de padres mexicanos en los términos esplicados, se tengan por naturales, se requieren dos circunstancias; una de parte de los padres y otra de la de los hijos. Por parte de los primeros, es necesario que hayan residido alguna vez en el territorio mexicano (2), y por lo tocante á los segundos, se exige que vengán á establecerse en él, ó que si continúan fuera, sea en servicio de la nacion (3).

Los que nacen en el mar, si ha sido en las porciones que pertenecen á su nacion, nacen en el pais, y si ha sido en alta mar, no hay tampoco ninguna razon para distinguirlos de éstos; porque no es naturalmente el parage en que se verifica el nacimiento el que trasmite este derecho, sino el origen. Si los hijos han nacido en un navio de la nacion, se miran como nacidos en el reino; porque es natural se consideren los bajeles de una nacion como porciones de su territorio, principalmente cuando navegan en un mar libre, puesto que el estado conserva en ellos su jurisdiccion, y como ésta se sostiene segun el uso comunmente recibido, aun cuando se hallen en parages de mar sometidos á una potencia estrangera, todos los hijos que nacen en los buques de una nacion, se consideran como nacidos en su territorio. Por igual fundamento los que nacen en un navio extranjero se miran como nacidos en pais extranjero, á menos que se verifique en uno de los mismos puertos de la nacion; porque ésta pertenece con mas particularidad al territorio, y por que la madre, en rigor

(1) Dou, Derecho público, lib. 1, tit. 7, núm. 2. En las leyes de Part. la voz *naturaleza* significa á veces lo mismo que vecindad, véase la ley 2 tit. 24, part. 4 al fin.

(1) Ley 7, tit. 14, lib. 1, Nov. Rec.

(2) Art. 9 y 10 de la ley de 14 de Abril de 1828.

(3) Ley 8, tit. 14, lib. 1, Nov. Rec.

de verdad, no está fuera de su país, aunque se halle en aquel momento en un buque extranjero, suponiendo que ella y su marido no hayan dejado la patria para establecerse en otra parte (1).

Las leyes de indias declaraban natural y originario de España á cualquiera hijo de extranjero nacido en ella, mandando que en cuanto á esto se observase en América (2). En nuestro derecho patrio (3) estas disposiciones están muy limitadas, porque designando la manera con que han de naturalizarse los hijos de extranjeros no naturalizados, nacidos en el territorio de la república, supone que no son naturales. Acaso pudiera decirse que esas leyes deben entenderse conforme á los principios sentados poco ha; pero como usan de la voz *cualquiera* que en sí contiene mucha generalidad, alejan en su inteligencia toda restriccion.

Respecto de la naturaleza particular ó de los estados, en todas sus constituciones se ha declarado que son naturales los nacidos en su territorio; y por paridad de razon, juzgo que podrá aplicarse á ellos lo que va dicho sobre naturaleza general. De estas doctrinas se deducen los que deban entenderse no naturales.

El acto de agregar al cuerpo de la sociedad política á un extranjero, reputándolo como si hubiese nacido en el país, se llama naturalizacion (4). En los decretos de 16 de Mayo de 1823, se establecieron las fórmulas de las cartas de naturaleza y de las de ciudadanía. La ley de 14 de Abril fijó las reglas para expedir las de naturalizacion, y últimamente, el decreto de 10 de Octubre de 1846, estableció las siguientes prevenciones:

1.º Que todo extranjero que manifestase su deseo de naturalizarse, y que acredite tener alguna profesion ó industria útil que le proporcione los medios honestos de adquirir su subsistencia, obtendrá la correspondiente carta de naturaleza.

2.º Del mismo modo la obtendrá cualquier extranjero que entre al servicio de la nacion, en el ejército ó armada.

3.º Las cartas de naturaleza se expedirán por el presidente de la república, en papel del sello primero de despachos, y sin exigir otros derechos que el del papel á los individuos de que habla la prevencion primera, y en papel comun á los comprendidos en la segunda.

4.º En el ministerio de relaciones interiores y exteriores, se llevará un registro en que se siente el nombre, patria y profesion de los extranjeros que se naturalicen.

5.º Los extranjeros naturalizados por virtud de este decreto, serán considerados como mexicanos, y en consecuencia; tendrán todos los derechos y obligaciones de éstos.

6.º No se concederán cartas de naturaleza á los súbditos ó ciudadanos de cualquier nacion que se halle en guerra con la república. La naturalizacion se pierde por contraerla en países extranjeros, por la admision de empleo, renta ó condecoracion de otro gobierno (1), y por el crimen de lesa nacion (2).

Por lo que hace á la naturalizacion particular de los estados, que habilite en ellos para gozar varios derechos y poder optar ciertos empleos, es indispensable que se consulten sus constituciones y leyes particulares; advirtiendo que en to-

(1) Vattel, lugar, cit. núm. 216.

(2) Leyes 15 y 27, út. 27, lib. 9, Rec. Ind.

(3) Art. 11 de la ley de 14 de Abril de 1828.

(4) Vattel, lugar, cit. núm. 214.

(1) Art. 12 de la ley de 14 de Abril cit.

(2) Ley 5, út. 24, part. 4 y 3 al fin, út. 4, lib. 6 Nov. Rec.

dos se reputa por natural, ó en otros términos, se naturaliza el que siendo natural de la república, se hace vecino del estado.

Estrangeros, son aquellos que siendo nativos de otro país y vasallos de otro soberano, diferente de aquel donde se encuentran, no están en él naturalizados (1). La república ofrece á los extranjeros que vengan á establecerse en su territorio, seguridad en sus personas y propiedades, con tal que se sometan á las leyes del país (2). Mas para que puedan introducirse y transitar por el territorio mexicano, es necesario que obtengan pasaporte del gobierno general (3): advirtiéndose que por la frontera del norte está prohibido á los extranjeros la entrada bajo cualquier pretexto, sin estar provistos de un pasaporte expedido por los agentes de la república en el punto de su procedencia (4).

Conforme al reglamento de pasaportes, de 1.º de Mayo de 1828, todos los extranjeros que se hallen en la república, para residir legalmente en ella, y estar bajo la protección de las leyes, deben tener sus correspondientes cartas de seguridad, las que con arreglo al decreto de 12 de Octubre de 1830, se han de renovar en el mes de Enero de cada año.

Introducidos y establecidos con arreglo á lo que he dicho, están bajo el amparo de las leyes, y gozan de los derechos civiles que ellas conceden á los mexicanos. Y aunque por la de 12 de Marzo de 1828, y por la de 7 de Octubre de 1823 se les prohibía adquirir fincas

rústicas y urbanas, por compra, adjudicación en pago, ó por cualquiera otro título; y denunciar minas, ya nuevas ó ya desamparadas: sin embargo, el decreto de 14 de Marzo de 1842 los autorizó para hacer estas adquisiciones en los términos prevenidos en los siguientes artículos:

1.º Que los extranjeros avecindados y residentes en la república, pudieran adquirir y poseer propiedades urbanas y rústicas, por compra, adjudicación, denuncia, ó cualquiera otro título establecido por las leyes.

2.º Que pudieran adquirir en propiedad minas de oro, plata, cobre, azogue, hierro y carbon de piedra de que fueren descubridores, con arreglo á la ordenanza del ramo.

3.º Que cada individuo extranjero no pudiese adquirir mas de dos fincas rústicas en un mismo departamento, sin licencia del supremo gobierno, y solo bajo los linderos que tenían en el citado año de 842, con independencia una de otra.

4.º Que en la adquisición de fincas urbanas en las ciudades, villas y pueblos, así como de los terrenos inmediatos á ellas, en que se quieran construir nuevas fincas, gozarán los inquilinos del derecho del tanto, en igualdad de circunstancias y condiciones.

5.º Que los extranjeros que en virtud de esta ley adquirieran propiedad, quedan absolutamente sujetos en cuanto á ella, á las leyes vigentes ó que rigen en la República, sobre traslación, uso, conservación y pago de impuestos, sin que puedan alegar algun derecho de extranjería sobre estos puntos.

6.º Que en consecuencia todas las cuestiones de esta naturaleza que puedan suscitarse, serán terminadas por las vías

(1) Domat. derecho púb. lib. 1, tit. 6, secc. 4, núm. 2.

(2) Art. 1 de la ley de 18 de Agosto de 1824.

(3) Art. 1 de la ley de 12 de Marzo de 1823.

(4) Art. 9 de la ley de 6 de Abril de 1830.

ordinarias y comunes de las leyes nacionales.

7.º Que los extranjeros que adquieran propiedades rústicas, urbanas ó de minas, y los extranjeros que trabajen en ellas como sirvientes, operarios ó jornaleros, no están obligados á prestar el servicio de armas que no sea de policía, pero sí á satisfacer los impuestos que tengan por objeto á la milicia.

8.º Que si el extranjero propietario se ausentase por mas de dos años con su familia de la República sin obtener permiso del gobierno, ó la propiedad pasase por herencia, ó por cualquiera otro título á poder de persona no residente, estará obligado á venderla dentro de dos años, contados desde el día en que se verificase la ausencia ó la traslacion de dominio. Si no lo hiciere se procederá á la venta de oficio, con todas las formalidades legales, y de su producto se aplicará la décima parte al denunciante, quedando las nueve décimas partes restantes en depósito seguro á disposicion del dueño. Esto mismo se verificará siempre que se probase que el dueño de la finca reside fuera de la República, y que el que se dice propietario no lo es mas que en lugar del ausente.

9.º Que estas disposiciones no comprenden á los departamentos limítrofes ó fronterizos con otras naciones, respecto de los cuales se expedirán leyes especiales de colonizacion, sin que jamás pueda adquirirse propiedad en ellos por extranjeros, sin expresa licencia del gobierno supremo de la República.

10.º Que en los departamentos que no son limítrofes ó fronterizos que tuviesen costas, solamente á cinco leguas de ellas podrán adquirir propiedad rústica los extranjeros.

11.º Que para que los extranjeros

que hayan adquirido propiedades en la República puedan ser ciudadanos de ésta, bastará que hagan conocer ante la autoridad política del lugar su residencia, que son propietarios, que han residido dos años en la República y que se han conducido bien. El expediente instruido de esta manera se dirigirá al ministerio respectivo por el que se despachará la carta de ciudadanía.

12.º Que los extranjeros no podrán adquirir terrenos realengos ó baldíos en todos los departamentos de la República, sin contratarlos con el gobierno que posee este derecho en representacion del dominio de la Nacion Mexicana.

Sobre esta disposicion que se ha referido y sobre la ley de 7 de Octubre de 1823 se espidió otro decreto en 31 de Agosto de 1844, declarando que la primera (la ley de 12 de Marzo) que habilitó á los extranjeros para adquirir bienes raíces no derogó la segunda (la de 7 de Octubre).

El decreto de 29 de Setiembre de 1843 prohibió á los extranjeros todo comercio al menudeo exceptuando á los naturalizados, á los casados con mexicana y á los que residian en la República con sus familias, los que deberán solicitarlo del gobierno con la justificacion que allí se espresa. El de 1.º de Julio de 1842 declaró que los extranjeros que habian estado ejerciendo el destino de corredores ántes de la publicacion del reglamento del ramo, no tenian obstáculo por la prohibicion (del § 1, art. 9), el cual en lo sucesivo debería observarse respecto de los extranjeros que quisiesen ser corredores; y el decreto de 8 de Agosto de 1843 declaró, que las gracias, privilegios ó exenciones que concede la legislacion civil y salen de la esfera del derecho comun, solo comprenden á los súbditos mexicanos

con exclusion de los extranjeros: en los artículos 2 y 3 exceptúa el caso en que las leyes espresamente concedan privilegio á los extranjeros ó en beneficio público ó á favor del ejercicio de alguna profesion ó industria.

Lo que hemos dicho hasta aquí es común á los extranjeros en general: ahora hablaremos, siguiendo el método de Dou (1), de los extranjeros en particular, ó de los derechos que los súbditos de algunas naciones disfrutaban en la República en virtud de los tratados celebrados con sus respectivos gobiernos. En nuestros tratados con Inglaterra (2), el reino de Hannover (3), Países-Bajos (4), Dinamarca (5), Estados-Unidos de Norte-América (6), y Sajonia (7), además de muchas cosas relativas al comercio que pueden verse en ellos, se ha estipulado que todo comerciante, comandante de buque y demás súbditos de esas naciones, gozarán en la República de una entera libertad de vigilar por sí mismos sus negocios ó confiar en su gestion á quien mejor les pareciere, sea corredor, factor, agente ó intérprete: que no serán obligados á emplear para este objeto otras personas que aquellas empleadas para el mismo fin por los mexicanos, ni les pagarán mas salario ó retribucion que el que les sea abonado por estos últimos en igualdad de circunstancias. Del propio modo, todo vendedor ó comprador tendrá la libertad de fijar el precio de sus efectos y mercancías, cualquiera que sean, sujetándose siempre á las leyes del país, las que tambien observarán en todo lo rela-

tivo á la policia de los puertos, carga y descarga de buques, seguridad de las mercancías, bienes y efectos. Están exentos de todo servicio forzoso sin excepcion por mar ó por tierra: no se les impondrá especialmente á ellos préstamos forzosos; sus propiedades no estarán sujetas á otras cargas ó impuestos que los que se paguen por los naturales del país, y así en ellos como en sus personas, gozarán de la mas constante y completa proteccion. Tendrán libre acceso á los tribunales de justicia para la prosecucion y defensa de sus derechos; pudiendo emplear al efecto á los abogados, procuradores y agentes de todas clases que juzguen conveniente. En lo que concierne á la sucesion y herencia de las propiedades personales por testamento ó de otro modo cualquiera, al derecho de disponer de ella por venta, donacion, permuta, testamento, ó en otra manera, gozarán de los mismos privilegios que los naturales. No serán inquietados en manera alguna á causa de su religion, con tal que respeten la del país, como tambien su constitucion, leyes y costumbres. Finalmente, el privilegio de poder ser enterrados en los lugares destinados al objeto; no pudiendo por ningun modo ni pretesto, ser perturbados los funerales y sepulcros. Los individuos de las repúblicas de Chile y del Perú gozan respectivamente de las mismas franquicias, y además desde su entrada al territorio mexicano son acreedores á las consideraciones, derechos y garantías que por las leyes merecen los que han obtenido carta de naturaleza, con tal que acrediten que en su país están en posesion y goce de naturalizados, nativos ó ciudadanos de él; pudiendo en consecuencia luego que acrediten cualquiera de las calidades antedichas, solicitar y obtener cartas de ciudadanía, ob-

- (1) Derecho público, lib. 1, t. 7, núm. 30.
- (2) Publicados en 25 de Octubre de 1827.
- (3) En 29 de Octubre de 1829.
- (4) En 16 de Julio de 1829.
- (5) En 29 de Octubre de 1829.
- (6) En 27 de Febrero de 1833.
- (7) En 20 de Abril de 1833.

servando solo las demás consideraciones que se exigen para ello por las leyes á los ya naturalizados; así se estipuló en nuestros tratados con dichas repúblicas.

4. Pasando ahora á la segunda division: la palabra *vecino* tomada en sentido lato, significa el que habita en un pueblo, y es tenido y reputado por tal, segun el concepto de sus habitantes; esta clase de vecindad basta para ser testigo en los testamentos nuncupativos (1); y de la misma creemos se habla en aquella disposicion constitucional (2) que exige por lo menos dos años de vecindad para poder ser elegido diputado ó senador por algun estado cuando no sea nacido en él. Pero propiamente y en sentido riguroso se dice vecino, *el que tiene establecido en algun lugar su domicilio*. Domicilio es la habitacion fija en algun parage con la intencion de permanecer allí siempre, y puede ser *ó natural ó de origen ó adquirido*. *Domicilio natural ó de origen*, es el que nos da el nacimiento en donde nuestros padres tienen el suyo, y se considera que le conservamos mientras no le abandonemos para tomar otro. *Domicilio adquirido*, es aquel en que nos establecemos por nuestra propia voluntad (3).

La intencion de fijarse en algun lugar que unida á la habitacion en él, constituye como se ha dicho el domicilio, puede manifestarse ó por medio de una declaracion expresa ó de un modo tácito (4). Del primer caso creemos ser un ejemplo la doctrina de Acevedo (5), que enseña adquirirse vecindad cuando alguno es recibido como vecino por el

ayuntamiento del lugar, y da fiadores de que permanecerá en él diez años sujetándose á las cargas y tributos vecinales, y tambien cuando pide y obtiene vecindad en algun pueblo (1). Respecto del segundo serán en nuestro concepto bastantes para dar á conocer la intencion de establecerse en aquel lugar, todos aquellos hechos de los que atendiendo al comun modo de obrar de los hombres, pueda deducirse así. Por lo mismo prueban este ánimo no solo la habitacion por espacio de diez años (2), sino tambien el vender las posesiones que uno tenia en el lugar de su antigua residencia, y comprar otras en aquel donde nuevamente mora (3), el ejercer (cuando se trata de algun oficio mecánico), su oficio en aquel lugar, el tener tienda en que vender por menor (4) y otros de esta naturaleza.

Como el domicilio sea el lugar donde se reside, no hay diferencia en que se habite la casa propia ó la ajena que se tenga alquilada ó se posea con otro título; y por lo mismo conforme á los principios del derecho comun, no se considera vecino de un lugar al que tiene en él solamente una casa propia sin habitarla ni estar establecido allí (5).

Tambien se divide el domicilio en propio é impropio, ó cuasi domicilio (6). Domicilio propio al que Domat, (7) lla-

(1) 2.^a part. del art. 22, t. 4, 1, 6, ó 1, 3, t. 11, lib. 6 de la N.

(2) Leyes 2, t. 24, p. 4, 5, t. 2, 1, 7. R. ó 6, t. 4, 1, 7 N. arg. de la 32, t. 2, p. 3.

(3) Greg. Lop. en dicha ley 32, glos. 12, y el aut. cit.

(4) Cit. aut.

(5) Domat, *Derecho público*, lib. 1, t. 16, secc. 2, núm. 5. Se dijo que conforme al derecho comun, porque en el estado de México, como dispone el art. 19 en su constitucion, es vecino de él, el que sea dueño de alguna propiedad raiz, valiosa á lo menos en seis mil pesos, contando desde poseerla un año ó mas, sin que sea necesaria la residencia.

(6) Dou, *Derecho público*, lib. 1, t. 6, n. 2.

(7) Domat, *Derecho público*, lug. cit. núm. 4.

(1) Acev. en la ley 1, t. 3, ley 7, R.

(2) Part. 2 del art. 19.

(3) Vattel, *derecho de gentes*, lib. 1, cap. 19, núm. 217.

(4) El mismo.

(5) Acev. en dicha ley 1 dea.

ma principal es segun lo describe este célebre escritor, el lugar donde uno tiene sus papeles, de donde no se separa sino por alguna causa particular, del que cuando está ausente se dice que está de viage, y cuando ha regresado se dice que está de vuelta; en donde pasa las fiestas principales del año, paga las cargas y goza los privilegios concedidos á los habitantes: cuasi domicilio es, como dice Dou (1), aquel lugar que no lo es propiamente sino solo en algun sentido ó para determinados efectos. A esta especie pertenecen el domicilio de origen (2), cuando uno lo ha abandonado y se establece en otro; el que tienen los que gozan alguna dignidad, ó desempeñan alguna comision ó empleo que los precise á residir por algun tiempo en determinado lugar teniendo su ordinaria morada en otro, en cuyo número se comprenden así mismo los escolares que estudian fuera del lugar de la residencia de su familia (3).

Los efectos del domicilio propio consisten en que los que los tienen en alguna parte como miembros del cuerpo político y partes de su poblacion, están obligados á las contribuciones y cargas consejiles (4); pero á la vez como quien sufre incomodidad debe tambien gozar el provecho (5), se tiene por igualmente justo que aquellos esclusivamente disfruten el uso de los pastos, aguas y de las otras cosas propias del lugar (6), y obtengan los beneficios de utilidad y honores municipales (7).

Aunque conforme á la idea que hemos dado del domicilio propio, es difícil que

uno lo tenga en dos parages simultáneamente, sin embargo puede verificarse alguna vez el caso de tenerlos si se habita en diferentes lugares alternando sin preferencia de uno á otro, viviendo y tratándose y contratando igualmente en ambos (1). En tales circunstancias, dice Dou (2), que el que se hallare en tal supuesto está obligado á sufrir las cargas consejiles de los pueblos conforme disponia el derecho romano; pero Domat (3) lleva la contraria notando además su traductor Trespalacios, que el uso no permite imponer estas cargas á uno mismo en dos diferentes lugares cuando tuviere domicilio en cada uno; y por tanto que no se observa en ese punto el derecho romano.

En orden á los que tienen domicilio impropio no tiene lugar lo que se ha dicho de los domiciliados propios, pues en ellos se limita el motivo de ser partes ó miembros de aquella poblacion. Con todo, para varios efectos del derecho canónico se autoriza el cuasi domicilio, como para la participacion de los sacramentos, proclamas de matrimonios y asuntos semejantes; y aun para algunos efectos civiles, como el de la competencia de fuero, pudiendo alguno ser demandado en el lugar de su cuasi domicilio (4). Respecto de su origen lo dispone espresamente una ley de partida (5), cuando el reo se halle en él; mas Dou observa que en la práctica es ya desusado esta especie de cuasi domicilio (6).

Hay algunas personas unidas entre sí con vínculos tan estrechos, que el domicilio de la una lo es tambien de la otra.

(1) Lug. cit. núm. 8.
(2) El mismo.
(3) Domat, lug. cit. núm. 2 y 3.
(4) Ley 6, t. 10, lib. 4, R. I.
(5) Regla 39, tit. 34, p. 7.
(6) Ley 9 al fin, t. 28, part. 3.
(7) Leyes 5, t. 2, y tit. 3 l. 7 R. 66 t. 4, y l. 5, ley 7, N.

(1) Los AA. citados en dichos lug.
(2) Lug. cit. núm. 11.
(3) Lug. cit. núm. 6.
(4) Dou, lug. cit. núm. 14.
(5) Ley 32 al princ. tit. 2, p. 3.
(6) Lug. cit.

Por esta razon el domicilio de los hijos es el mismo de sus padres, hasta que llegán á la edad de establecerse en otro lugar, lo que pueden hacer cuando se hayan emancipado (1). Del mismo modo reputándose el marido y la muger por una misma persona en virtud del matrimonio, el domicilio del marido es el de la muger (2), y ésta no puede tener otro, por estar obligada á vivir con el marido. Las viudas retienen el domicilio que tenían sus maridos al tiempo de su muerte; y si vuelven á casarse, su domicilio será el del segundo marido (3). Sien- do de advertir que el matrimonio no mu- da el domicilio de la muger hasta que se haya contraído; de manera que durante los esponsales, la esposa aun conserva su domicilio (4).

Transeuntes son los que se hallan de paso en algun lugar sin ser vecinos de él. Vagamundos son aquellas gentes que no tienen domicilio (5).

Por lo que hace á los estados, sus le- yes respectivas han fijado el tiempo y re- quisitos necesarios para ganar vecindad en ellos, y quedar por lo mismo sujetos á sus cargas y habilitado para obtener sus empleos.

5. El principal derecho anexo á la vecindad, es como se ha dicho el electo- ral, tanto para los cargos concejiles, co- mo para diputacion á córtés. Las prin- cipales obligaciones inherentes á la ve- cindad son: 1.ª Contribuir á todos los cargos vecinales: 2.ª Servir sin escusa los cargos concejiles: 3.ª Estar inscrip- to en la lista de jueces de derecho; y 4.ª

Prestar el servicio de la Guardia Na- cional.

6. La distincion que algunos autores han hecho de los hombres por su estado civil, en eclesiásticos y seculares, en pai- sanos y militares; no hay bastante fun- damento en el dia para sostenerla, su- puesto que, con exepcion de los fueros, en los demás derechos están igualados con los demas ciudadanos.

Antiguamente los eclesiásticos goza- ban varias preeminencias por razon de su estado, siendo la principal la exencion de contribuciones; sobre cuya materia se espidió con fecha 7 de Agosto de 1820, la siguiente circular del ministerio de hacienda. "He dado cuenta al rey de "las reclamaciones del cabildo eclesiásti- "co de la Santa Iglesia metropolitana de "Valencia, sobre que se le mantenga en "la posesion de la franquicia de dere- "chos de puertas en todos los artículos "que consumen sus individuos, y de las "solicitudes de varias comunidades reli- "giosas de esta córte, y de la ciudad de "Leon, relativa al modo de hacer los ajus- "tes de refacciones de que tratan los ar- "tículos 18 y 19 del cap. 1 de la instruc- "cion de derecho de puertas de 7 de Sep- "tiembre de 1818, conformándose S. M. "con el dictámen de su consejo de esta- "do, á quien ha tenido á bien oír en este "asunto, se ha servido declarar: *que ig- "notados todos los ciudadanos en las "contribuciones*, son puntos ya decididos "por la constitucion política de la mo- "narquía española, en el art. 7, que dice: "Todo español está obligado á ser fiel á "la constitucion, observar las leyes y res- "petar las autoridades establecidas." Y "el 8.º "Tambien está obligado todo es- "pañol sin *distincion alguna* á contri- "buir á proporcion de sus haberes, para "los gastos del estado." Y en el art. 339,

[1] Domat, lug. cit. núm.10.

[2] Leyes 32, vers. la tercera tom. 2, p. 3, 2,ª part. del aut. 22, t. 4, 1, 6, ó 3. t. 11.

[3] Ley 22, § 1 D. AA. municip.

[4] Ley 32, De eod.

[5] Vattel, Derecho de gentes, lib. 1, cap. 19, núm. 219.

á saber: "Las contribuciones se repartirán entre todos los españoles, con proporcion á sus facultades, *"sin excepcion ni privilegio alguno."* Madrid, 10 de Mayo de 1820. Cuyas disposiciones generales deben aplicarse tambien á la clase militar.

Aunque en nuestra carta fundamental no existen decisiones tan espresas derogatorias de los privilegios del clero y milicia, tenemos sí leyes secundarias que los consideran como cualquiera ciudadano, y en consecuencia les han impuesto la obligacion de pagar contribuciones de la misma manera que á los seculares. Tambien me parece escusado tratar de la diferencia de hombres en esclavos y libres, puesto que en el territorio de la República está prohibido para siempre el comercio y tráfico de esclavos, y declarados libres con solo el hecho de pisarlo, á los que se introduzcan contra el tenor de esta prohibicion; confiscándose el buque en que se transporte con el resto de su cargamento, é imponiéndose la pena de diez años de presidio al dueño, comprador, capitan, maestre y piloto (1). Casi todas las constituciones de los estados, han establecido espresamente la cesacion de la esclavitud, y declarado para lo de adelante, que nadie nace esclavo, aun cuando sus padres lo hayan sido ó lo sean. Finalmente en 15 de Setiembre de 1829 se dió por el gobierno investido de facultades estraordinarias, el decreto de estincion de la esclavitud en la República, estrechando á los dueños de esclavos á ponerlos en libertad prévia indemnizacion, y aunque este decreto se comprendió en la derogacion general que hizo el congreso de las disposiciones de esa época, que dió el gobierno con el carácter de legislativas (2), sin embargo, su

revocacion de hecho no ha destruido los efectos que produjo su promulgacion.

Es igualmente desconocida entre nosotros la division de nobles y plebeyos. En la República todos están sujetos á las mismas cargas, deben ser juzgados por unas mismas leyes, y gozan de los mismos derechos, sin que haya distincion alguna por razon del linage, ni otras exenciones fuera de las establecidas por las leyes, en consideracion á los cargos que sirven algunas personas. Así es que las mas constituciones de los estados declaran no reconocer títulos algunos de nobleza, y prohíben su establecimiento: y por una ley (1) del congreso general se extinguieron para siempre los de conde y marqués, y todos los de igual naturaleza, cualquiera que fuese su origen, mandándose tambien la destruccion de los escudos de armas y otros signos que recordaban la dependencia de esta América con la España, que antes se ponian en los edificios, coches y otros muebles de uso público. En cuanto á tratamientos está mandado (2), que solo en contestaciones oficiales se den los respectivos á los empleados de la nacion.

En las leyes antiguas se hacen tambien otras distinciones de los hombres por razon de sus razas y colores, y de ellas eran muy principal la de los indios y españoles. Tan odiosa clasificacion no existe en la República desde antes que se constituyese soberana é independiente (3); y principalmente despues del plan de Iguala (4) se declaró iguales en derechos á todos sus habitantes sin distincion de europeos, africanos ni indios. En consecuencia está prohibido que en los registros y documentos públicos y privados

[1] Ley de 3 de Junio de 1824.
[2] Art. 9 de la ley de 15 de Febrero de 1831.

[1] De 2 de Mayo de 1826.
[2] Dec. de 5 de Mayo de 1823.
[3] Dec. de 15 de Octubre de 1810.
[4] Art. 12.

se sienten los nombres de los ciudadanos con arreglo á la espresada distincion, continuándose sin embargo, en los aranceles las que se observan actualmente para la sola graduacion de derechos y obvencones, mientras se califican por otro método mas justo y oportuno (1). De esta última disposicion inferimos no-

sotros, que todas aquellas leyes que establezcan sobre un mismo punto diversas disposiciones, segun la diversidad de razas, subsistirán por ahora cuando dispensen á ésta algun favor racional y fundado (1); pero no cuando sin motivo se hayan acomodado á tan ridícula como aborrecible distincion.

TITULO 2.º

De los esponsales y del matrimonio.

CAPÍTULO I.

DE LOS ESPONSALES.

1. Razon del método.
2. De los esponsales, y del modo de celebrarlos.
3. Obligacion de los esponsales.
4. ¿Cuándo serán nulos los esponsales?
5. De la disolucion de los mismos.

1. Habiendo tratado de las personas se puramente ó bajo condicion como los demás contratos. en general con relacion al ejercicio de los derechos civiles, paso á considerarlas (siguiendo el órden que me parece mas natural), segun el estado de familia empezando por el matrimonio que es el general origen de la patria potestad.

2. Los esponsales ó desposorios (pues de uno y otro nombre se usa comunmente), son la mútua promesa de futuro matrimonio hecha en escritura pública, con arreglo á lo que prescribe nuestro derecho moderno (2). Pueden celebrar-

3. Los esponsales contraidos puramente son desde luego obligatorios, y los condicionales cuando se cumpla la condicion (2). En virtud de ellos quedan obligados el hombre y la muger; y cualquiera de los dos que se niegue á cumplirlos, puede ser compelido á la ejecucion por los tribunales eclesiásticos (3),

sean celebrados por personas hábiles para contraer, segun los requisitos que allí se espresan, y prometidos por escritura pública.

[1] De los privilegios de los indios tratan Solara. Poliuc. ind. lib. 2, cap. 22, y Beleña Aut. acord. de la pág. 53, á la 56 del 1 fol, y aut. 16 y 17 del 3.

[2] Ley 1. y 2. tit. 4. part. 4. La condicion ha de ser honesta y posible, pues la imposible se tiene por no puesta, y la torpe é inhonesta anula los esponsales.

[3] Pudiendo traer funestas consecuencias

[1] Ord. de 17 de Setiembre de 1822.

[2] Segun el derecho antiguo los esponsales podian hacerse por mero pacto, con juramento ó sin él, por procurador ó por cartas. Pero segun la Real Prag. de 28 de Abril de 1803 (que es la ley 18 tit. 2, lib. 10, Nov. Rec.) ningun tribunal eclesiástico ni secular deberá admitir demanda de esponsales, á menos que

á menos de que haya en aquellos algun vicio ó nulidad, ó se hallan legítimamente disueltos por alguna de las causas de que despues se hablará.

Muchos autores (1) juzgan que los que tienen impedimento dispensable para contraer matrimonio, bien podrán celebrar esponsales válida y eficazmente, bajo la condicion *de que el papa los dispense*; mas Berardi (2) dice muy bien, que en semejante caso solo podrá decirse que hubo un simple tratado de matrimonio, pero no una convencion esponsalicia de la que resulte obligacion de celebrarlo. La razon es; porque aun para los contratos condicionales se requiere idoneidad en los contrayentes al tiempo de celebrarlos, sin ser bastante que la tengan solo desde que llegue la condicion (3). Ni se diga que en este caso los contrayentes debian considerarse hábiles desde el principio, en virtud de que la condicion cumplida se retrotrae al tiempo conveniente; porque esta regla no tiene lugar en las condiciones relativas, como la de que se trata, á la capacidad de los contrayentes.

4 Son nulos los esponsales celebrados sin el debido consentimiento, el cual puede manifestarse por palabras ú otras

el apremio en una materia tan trascendental, basta cualquiera causa racional de disenso ó repugnancia para no obligar á cumplir los esponsales.

[1] Cit. por Murillo, curs. jur. can. lib. 4. núm. 4. al fin.

[2] Comentaría in jur. ecclesiasticum tom. 3, disc. 1, q. 3.

[3] Ley 26, D. De stipul. servor.

señales inequívocas que indiquen la libre voluntad del contrayente. Por consecuencia serán nulos los que celebren los furiosos, los mentecatos, los infames, y todos los demás que no pueden prestar su consentimiento. Pero no son nulos los celebrados á la edad de siete años que es la que requiere el derecho. También son nulos los contraidos por error, fuerza ó miedo, aunque éstos pueden ratificarse despues de advertido el error ó la fuerza (1). Ultimamente son nulos los celebrados por los hijos de familia sin consentimiento paterno (2).

5 Las causas porque en general pueden disolverse los esponsales (fuera de otra cualquiera racional indicada en la nota 3.ª) son las siguientes: 1.ª El mútuo disenso aun cuando los esponsales fuesen jurados: 2.ª El matrimonio posterior de uno de los contrayentes 3.ª Si el que contrajo los esponsales se ordenare *in sacris*: 4.ª la mudanza de fortuna, condicion ó configuracion personal en cualquiera de los contratantes; y 5.ª La ausencia larga de uno de ellos, ignorándose su paradero (3).

[1] Ley 6, tit. 2. part. 4.

[2] Ley 18, tit. 2, lib. 10, Nov. Rec.

[3] Ley 8, tit. 1.ª, part. 4. Preceden tambien al matrimonio las amonestaciones ó sean las proclamas que hacen los párrocos de ambos contrayentes en la iglesia, y en tres dias de fiesta consecutivos, anunciando las personas que tratan de contraerle para descubrir si hay algun impedimento oculto, segun está mandado en el conc. trident. sesion 24 de reformat. matrim. cap. 1. Como estas amonestaciones no pertenecen á la esencia del sacramento, los obispos suelen dispensarlas en todo ó en parte. En el tit. siguiente me encargaré de ella.

CAPÍTULO II.

DEL MATRIMONIO.

1. Del matrimonio y de las solemnidades con que debe celebrarse.
2. De los impedimentos dirimentes, de las publicatas ó amonestaciones que se verifican para poderlos descubrir.
3. De la computacion de los grados del parentesco de consanguinidad.
4. De otras clases de parentesco.
5. De los impedimentos impedientes.
6. De la disolucion del matrimonio.
7. De los efectos civiles del matrimonio.

1. El matrimonio se define por la ley ayuntamiento ó enlace de hombres y mugeres, hecho con intencion de vivir siempre en uno, guardándose mútua fidelidad (1). Los católicos consideramos al matrimonio no solo como contrato, sino tambien como sacramento, observando religiosamente los efectos que bajo este concepto le corresponden. Para su celebracion deben concurrir necesariamente el consentimiento de los contrayentes, la intervencion del párroco ó la de otro sacerdote, con su licencia ó la del ordinario y dos ó tres testigos, sin cuyos requisitos se tiene por clandestino y nulo el matrimonio (2). El tercer con-

cilio mexicano (1) exige como una circunstancia indispensable y prévia á la celebracion del matrimonio, que los cónyuges ocurran ántes al sacramento de la penitencia, advirtiéndole que los matrimonios de los indios no pueden tampoco ejecutarse sin estar bastante instruidos en los preceptos de la religion (2).

2. Requiérense tambien para la validez del matrimonio. que no medie al-

partes y sean obligados los tales y todos los que se casaren, aunque no sea clandestinamente, de solemnizar dentro de sesenta dias el matrimonio, en paz de la Santa Madre Iglesia, so pena que sean prohibidos del ingreso de la Iglesia é incurran en pena de diez pesos de minas para la fábrica de la Iglesia, y si á los tales matrimonios clandestinos, se hallase presente algun sacerdote, allende la excomunion y penas en derecho establecidas, incurra en la pena de los treinta pesos de minas arriba dichos en que incurren los contrahentes; y la absolucion, así del clérigo, como de los contrahentes y testigos reservamos á nos y mandamos que todos los que se oviesen de casar, sean primero amonestados en las Iglesias públicamente tres veces al tiempo de la misa mayor, por los curas, en tres domingos ó fiestas de guardar, y constando que hay evidente necesidad, y se sigue algun peligro en la dilacion, los puedan denunciar y denuncien tres dias, con tanto que el uso de los dichos tres dias, sea domingo, ó de fiesta de guardar, y no se dispense á nadie de otra manera, en las dichas amonestaciones, y si los tales que se hubieren de casar, fueren de diversas parroquias ó pueblos, se hagan las amonestaciones primero que se casen, en los lugares donde son naturales ó han residido, y se traiga testimonio con fé de escribano, ó Notario apostólico, como se denunció y que no se halló impedimento alguno."

(1) Ley 1, tít. 2, part. 4.
(2) Primer concilio provincial mexicano, cap. 38. "Prohibido es por los sacros cánones, que los matrimonios ó desposorios no se hagan clandestina ni ocultamente, y que á los tales clandestinos matrimonios no se presente ningun sacerdote, ni otra persona, y por que la dicha prohibicion del derecho, ni las penas en él establecidas, no bastan á resistir y refrenar los grandes peligros é inconvenientes que de los tales matrimonios se siguen, y el mucho atrevimiento que nuestros súbditos tienen de quebrantarlos, queriendo proveer de nuevo remedio estatuímos y mandamos: S. A. C. que ninguna persona de nuestro arzobispado y provincia sea osada de contraer los matrimonios clandestinos, ó desposorios, ni de tomarles las manos ó ser presentes á ellos, so pena que allende de lo que el derecho dispone, en tal caso los contrayentes y el que le tomare las manos y los testigos incurran en sentencia de excomunion y en pena de 30 pesos de minas cada uno, aplicados los unos y los otros para nuestra cámara y fábrica de la Iglesia, y denunciados por terceras

(1) Lib. 4, tít. 1, § 1.
(2) § 4 del mism. tít.

contraerle alguno de los varios impedimentos dirimentes que lo anulan, y son los siguientes: 1. ° La falta de consentimiento y todo lo que á él se opone; á saber, el error en cuanto á la persona contrayente, aunque no en lo relativo á las calidades accidentales de la misma (1); la fuerza y el miedo cuando son de tal naturaleza que no dejan obrar con libertad (2); el rapto mientras la robada permanezca en poder del raptor que la hubiere sacado de la casa paterna, por fuerza ó con engaño (3): 2. ° La incapacidad de la persona para contraer matrimonio: tales son los varones menores de 14 años y las hembras de doce (4); los mayores de estas edades que por impotencia ú otra causa son inhábiles para la generacion (5): 3. ° El orden sagrado desde el subdiaconato inclusive, y el voto solemne de castidad: 4. ° La diferencia de religion entre los contrayentes (6): 5. ° El adulterio y el homicidio, entendiéndose que si éstos hubieren sido cometidos con esperanza ó promesa de enlace, hace nulo el matrimonio con el cónyuge sobreviviente, que de este modo cooperó á aquellos delitos (7): 6. ° El parentesco en la línea recta de ascendientes y descendientes sin limitacion, y en la transversal hasta el cuarto grado inclusive, segun la computacion canónica.

Para averiguar, pues, si existen principalmente alguno ó algunos de los impedimentos enunciados, se ha establecido en los cánones el uso de las amonestaciones ó proclamas, las cuales han de ser tres, han de hacerse en la propia iglesia parroquial, y por lo mismo si los contrayentes pertenecieren á diversas feligresías, en ambas deberán verificarse en tres dias festivos continuos, y al tiempo de la misa mayor (1). Cuando se sospeche con probabilidad, que se impedirá el matrimonio maliciosamente, si precedieren las tres proclamas, se podrá verificada la primera, ó aun sin ella, proceder al matrimonio, haciéndose en seguida antes de su consumacion todas las que faltaren, á no ser que el ordinario tuviere por conveniente dispensarlas, lo que reservó el concilio á su juicio y prudencia (2), y lo que no podrá ser sin grave causa (3). Si los esposos dejaren pasar cuatro meses despues de proclamado el matrimonio sin verificarlo, deberán aquellas repetirse, porque en ese intervalo podrá nacer algun nuevo impe-

[1] Com. Later. 2, can. 13, cap. 3 de claud. desp. concil. Trid. sesion 24, cap. 1, de reform. Ritual Romano de sacram. matrim. Ley 1, tit. 3, part. 4, conc. 3. ° provincial mexicano, lib. 4, tit. 1, § 4. Este sínodo establece que con arreglo á lo prevenido por el Santo Concilio de Trento, antes de contraerse matrimonio, se publique éste, en tres dias de fiesta continuos, en la iglesia parroquial, advirtiendo el párroco á sus feligreses, la obligacion que tienen de descubrir la existencia de algun impedimento si lo hubiere; cuyas publicatas no deberán omitirse, sino cuando fuere probable que pueda maliciosamente impedirse el matrimonio por aquella publicacion: entonces podrá el párroco en presencia de dos ó tres testigos, y con solo una denunciacion proceder al matrimonio. El obispo, por sí, ó por medio de su Vicario general, deberá conceder esta facultad. En los matrimonios de los indios podrán hacerse las publicatas ó amonestaciones en tres dias no festivos, con tal que en ellos concurre el pueblo al templo.

[2] Concil. Trid. lug. cit.

[3] Conc. mex. tercero, lib. 4, tit. 1, § 4. Sanchez, De matrim. lib. 3, dispos. 8, núm. 2. Bula Nimirum licentiam § 19, espedida por Benedicto 14 en 16 de Mayo de 1749.

[1] Leyes 10 y 11, tit. 2, part. 4.

[2] Ley 15, tit. 2, part. 4. No es impedimento dirimente el miedo á la pena que impone el Magistrado, para obligar á uno á casarse cuando ha sido demandado por justa causa, porque en este caso, no se hace mas que cumplir con lo prevenido por la ley.

[3] El rapto deja de ser impedimento luego que la robada se halla en aptitud de obrar con libertad, para cuyo efecto se halla establecido el depósito, que debe hacerse por la autoridad eclesiástica ó por la secular política.

[4] Ley 6, tit. 10, p. 4.

[5] La misma ley 6.

[6] Leyes 14, 15 y 16, tit. 2, p. 4.

[7] Ley 19, tit. 2, p. 4.

dimento que antes de él no existía (1). El matrimonio que se celebrare sin que precedan, será válido (2); pero á los contrayentes, si no tuvieren entre sí relaciones de parentesco, solo se les impondrá una penitencia condigna (3); y si las tuvieren, además de presumirse que se casaron con mala fé (4), serán indignos de que se les conceda dispensa para poderlo verificar despues válidamente (5): el sacerdote secular ó regular que autorice ó intervenga en tales matrimonios, será suspendido de oficio por tres años, y aun se le castigará mas gravemente si lo exigiere la calidad de la culpa (6): en todas las cuales penas no se incurre *ipso jure*, sino por la sentencia del juez (7). Aunque al matrimonio celebrado sin proclamas se le da en un significado lato el nombre de *clandestino* (8), no lo es en todo rigor, y por lo mismo no se entiende ser el declarado nulo y castigado bajo tal nombre con diversas penas por las leyes civiles (9); lo cual así se juzga todos los dias y está recibido en la práctica, como atestigua Mascardo (10).

Resultando de las proclamas alguna conjetura probable contra la habilidad para el matrimonio de los sujetos que lo han intentado, deberá el párroco prohibírselos entre tanto aparezca la verdad, y dar cuenta al ordinario (1). Si así no lo hiciere, será castigado con la pena dicha de tres años de suspension, ú otra mayor cuando la mereciere (2). El que maliciosamente alegare contra algunos la existencia de cualquier impedimento para estorbar su matrimonio sin poderlo probar, debe ser castigado al arbitrio del juez (3) y condenado á pagar los daños y perjuicios (4). La espresada prohibicion que constituye el impedimento impediendo llamado por los autores *vetitum Ecclesiae* [5], tiene lugar no solo én el

[1] Barbs. De officio et potent. Episcopi Allegat. 32, núm. 55. Reiflenstuel lug. cit. núm. 48. Así lo declaró y decretó la congregacion del concilio, como testifica Gamellart en el cit. cap. y sesion núm. 3.

[2] Sanchez, de matrim. lib. 3, disp. 5, núm. 3. Gut. de matrim. cap. 56, núm. 2. Tambien fué así declarado por la dicha congregacion segun refiere el mismo Gallemart lug. cit. núm. 2.

[3] Cap. 3, § 2, De cland. desp. Ley 4, tit. 3, part. 3.

[4] Cit. cap. 3, § 1, Ley 2, tit. 15, part. 4.

[5] Conc. triid. sesion: 24. De reform. matri. cap. 5.

[6] Cit. cap. 3, § 2, y la ley 4, tit. 3, p. 3, allí: á los casados encubiertamente.

[7] Sanchez, de matrim. lib. 3, disp. 48, núm. 2.

[8] Reiflenstuel jus canonic. lib. 4, tit. 3, l. 1, veru. La tercera tit. 3, part. 4, y todo el tit. De cland. desp.

[9] Acev. en la ley 1, tit. 1, lib. 5, R. núm. 41. Matienzo en la misma glos. 1, núm. 1.

[10] De probationibus cons. 1039,

[1] Cap. 2, de cland. desp. L. 1, tit. 3, p. 4, y Greg. Lop. en ella glos. 8, segun el cap. 27 De sponsalibus si proclamado un matrimonio, se presentase alguna persona grave y fidedigna, asegurando que los que descan contraerlo son parientes en grado prohibido, y lo prueba además con la fama pública y con el escándalo que ha producido tal matrimonio, deberá prohibirse su celebracion. Todos los curas párrocos seculares ó regulares, sus vicarios, ú otros sacerdotes con licencia de ellos, pueden casar sin la del ordinario, así en esta ciudad como en toda su diócesis á todos sus feligreses, con tal que no sean vagantes ó estrangeros recibiendoles previamente informacion de su libertad, segun la instruccion dictada en 10 de Junio de 1755, por el Sr. Arzobispo Rubio y Salinas, no resultando de ellas, y de las diligencias prevenidas por el concilio de Trento, impedimento alguno canónico. Se declaran por vagantes aquellos que en ninguna parte tienen cierto domicilio y habitacion; y por estrangeros no solo los de otras naciones, sino tambien los de otros obispados que vienen á esta diócesis con objeto de contraer matrimonio. Cédula de 26 de Julio de 1774, en la que está fundado el edicto del Sr. Arzobispo de México de 10 de Enero de 1775. Véase la obra titulada *Fusti novi orbis* &c. ordinat. 356, la ley 20, tit. 2, lib. 10 N. y el cap. 39 del concilio provincial mexicano primero.

[2] Cit. cap. 2 y ley 4, tit. 3, p. 4.

[3] Cit. ley 4.

[4] Greg. Lop. en la 1. cit. glos. 3.

[5] Debe entenderse *in specie*; porque como advierte Reiflenstuel jus. can. lib. 4, tit. 18, núm. 3, tomando en general la espresion *vetitum* ó *interdictum Ecclesiae*, se comprenden bajo ella, todos los impedimentos tanto impediendo como los dirimientes introducidos por la iglesia.

caso propuesto del matrimonio, sino siempre que se temiere nazca escándalo, ó hubiere para hacerlo alguna justa causa (1), durante ella no puede verificarse lícitamente el matrimonio; mas si se celebra, no por eso será inválido, aunque los contrayentes en pena deberán ser separados por el tiempo que el juez tuviere á bien y castigarlos con alguna penitencia (2). Desde la primera dominica de Adviento hasta el día de la Epifanía, y desde el miércoles de ceniza hasta la octava de pascua, están prohibidas las solemnidades nupciales (3), esto es como se espresa el ritual romano, "*Nuptias benedicere, sponsam traduce-re, nuptialia celebrare convivium*," pero el matrimonio bien puede celebrarse en cualquier tiempo (4); sin embargo advierte Selvagio (5) que como por costumbre muy antigua, el matrimonio se bendice públicamente en la iglesia, al mismo tiempo que se contrae, de aquí ha dimanado que en las épocas referidas no puede verificarse sin licencia del ordinario, y Reiffenstuel (6) aconseja á los párrocos que acerca de este punto se acomoden á la costumbre de la diócesis: los autores llamaban á este impedimento *tempus clausum ó feriatum*. Los impedimentos dirimentes los reducen los autores (7) á cuatro clases, á saber: pro-

cedentes 1.º de la falta de consentimiento; 2.º de defecto de naturaleza. 3.º del derecho de la sangre; y 4.º de la santidad de la religion; comprendiéndolos para facilitar su memoria en los siguientes versos.

*I personae, ac status, mens simulata, furensque
Vis, raptusque. II Impubertas et debile corpus,
III Stirps cognata vel affinis sponsalis honestas
IV Dispar cultus, et ordo sacer; profusio claustris.
Stans foedus, vel clandestinum et crimina bina
Impediunt semper, dirimuntque jugalia vicia.*

1.º Falta de consentimiento. El matrimonio como he dicho anteriormente, es un contrato que se constituye y perfecciona por el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes: por lo mismo siempre que éste falte, ó carezca de dichas dos calidades, el matrimonio será nulo (1) á diferencia de los demás contratos que se resinden por la falta de consentimiento (2), pero no se anulan como esplica Greg. Lop. (3). En tal supuesto examinaré todos los casos en que el matrimonio se anula por este motivo.

Persone dac status error. Como los que yerran no consienten, segun la espresion del jurisconsulto Juliano (4); cuando tal suceda será nulo el matrimonio, no solo por derecho positivo, sino aun por el natural (5). El error consiste en juzgar una cosa por otra (6), y puede ser sobre la persona con quien se contrae el matrimonio, ó sobre sus cualidades (7). En la persona se yerra cuando pensando uno que se casa con alguna determinada, lo efectúa con otra, que se sub-

[1] Reiffenstuel lug. citado, y todo el tit. de matrim. contrac. cont. interd. Ecles. y ley 18, tit. 2, part. 4.

[2] Cap. 1, eod. Sanchez de matrim. lib. 7, disp. 2, núm. 14 y la ley cit.

[3] Conc. Trident. de Reform. matrim. que derogó en este punto la antigua disciplina, á la que se acomoda la ley 18, tit. 2, part. 4, y que era uniforme en todas las iglesias.

[4] Rit. Rom. lug. cit. cap. 4 de feriis, ley 18, cit.

[5] Inst. jus. can. lib. 2, tit. 9, núm. 6.

[6] Jus. can. lib. 4, tit. 16, núm. 13.

[7] Selvagio Instit. canon. lib. 2, tit. 9, núm. 13. Sala. Ilust. del derecho, lib. 1, tit. 4, núm. 6.

[1] Arg. de la ley 15 tit. 2, part. 4 y de los caps. 14, 25 y 29 de esponsalibus.

[2] Ley 56, tit. 5, part. 5.

[3] En la glos. de la misma ley. l. t. c. de resc. vend. y su glosa.

[4] Ley 15 D. De juris dict.

[5] Sanchez, de matrim. lib. 7, disp. 18, núm. 12.

[6] C. 629 y 2.

[7] Graciano en la causa, 29 q. 1.

roga en lugar de aquella en cuyo caso no vale el matrimonio (1), aunque no intervenga dolo por parte de alguno de los contrayentes (2); ya sea el error *antecedente*, esto es, determinante de tal modo al acto, que descubierta la verdad no se ejecutaria; ó concomitante á saber, no tan influente en la accion, que sin él dejaria de verificarse (3). Para que haya error en la persona, es necesario que se tenga con anterioridad de ella alguna noticia de vista, oídas ó á lo ménos de fama (4); pues en lo que absolutamente se conoce no puede verificarse (5). El matrimonio contraído con el defecto dicho, convalecerá si descubierto el error permaneciere el consentimiento (6). Cuando se yerra solo en la calidad contrayéndose con alguna persona que carece de la que se supone, no se anula el matrimonio (7), á no ser que á ella esté ligado de tal manera el consentimiento que faltando no se prestaria (8), ó como espresan otros autores, si se consiente bajo la condicion de su existencia (9), ó si redunde en la persona, esto es, si por medio de la cualidad se designare ésta individualmente (10). El error en el estado ó persona, tenia lugar cuando se contraía matrimonio con la que era sierva bajo el concepto de libre, en cuyo caso se anulaba el matrimonio (11); pero esto hoy no podrá acontecer entre noso-

tros supuesta la abolicion de la esclavitud.

Mens simulata. Falta así mismo el consentimiento, y el matrimonio en consecuencia es nulo, siempre que los contrayentes no consientan verdadera sino simuladamente (1).

Furensque. Por igual razon es nulo el matrimonio que hubieren contraído los furiosos ó locos, fuera de algun lúcido intervalo; por la enagenacion de entendimiento que ambos padecen, y que sólo cesa en dicho caso, excluye la existencia del consentimiento legítimo (2). Mas si se contratase matrimonio por alguno en su sano juicio, aunque sobrevenga despues la locura ó furor no se anulará (3).

Vis. Nada mas contrario al consentimiento que la fuerza y el miedo, dice el Jurisconsulto Ulpiano (4). Por lo mismo es nulo el matrimonio contraído al impulso de una y otro (5), siempre que se infiera injustamente, y recaiga en varon constante, esto es, que el mal con que se amenaza sea tan grave, que induzca á un hombre prudente y fuerte á practicar una accion que de otro modo no ejecutaria (6). Pero si la fuerza se causa justamente, como cuando es compelido á casarse el que esté obligado con esponsales, en los términos esplicados anteriormente (7); y si aquella fuere leve, ó no tan inminente que solo produzca un miedo vano incapaz de amedrentar á un varon dotado de fortaleza, el matrimonio

[1] El mismo en el lug. cit. Ley 10, tit. 2 part. 4.

[2] Selvagio Instit. canon. lib. 2, tit. 9, núm. 15.

[3] Sanchez, lug. cit. núm. 4.

[4] Ley 10 cit.

[5] Sanchez, lug. cit. núm. 2.

[6] Ley 10 cit.

[7] Arg. del cap. 18, De esponsalibus. Ley 10 cit.

[8] Murillo curs. jur. canon. lib. 4, núm. 34.

[9] Selvagio, lug. cit. núm. 16.

[10] Sanchez, lug. cit. núm. 25.

[11] Ley 11, tit. 1 y 3 tit. 5 part. 4 caps. 2 y 4 De conjug. serv.

[1] Ley 30 D. De ritu nuptiar.

[2] Caps. 24 de esponsalibus y 25, 32 q. 7. Leyes 6, tit. 2, part. 4 y 16 § 2 D. De ritu nuptiar.

[3] Leyes 8 D. De esponsal. y 16 cit.

[4] Ley 116 D. De reg. juris.

[5] Caps. 13, 14 y 15 De esponsalibus. Ley 15, tit. 2, part. 4.

[6] Tex. cit.

[7] Arg. del cap. 10 De esponsalibus. Ley 15, tit. 2, part. 4.

será valido (1). Determinar si la fuerza ó miedo ha tenido dichas calidades corresponde al juez el que deberá atender para resolverlo á la edad, sexo, condicion y otras circunstancias de las personas (2). El matrimonio celebrado por fuerza convalecerá, si removida despues la causa de temor (3), consintiere en él, el que lo habia padecido (4), ya espresa ya tácitamente (5).

Raptusque. Con el impedimento de que acabo de hablar, tiene mucha analogía el del rapto, por el cual se entiende aquí la *violenta traslacion de un lugar á otro de alguna muger virgen, corrupta ó una ramera, con objeto de casarse con ella.* (6). Antiguamente era solo ilícito, pero no nulo el matrimonio entre el raptor y la robada (7); despues se determinó que podian lícitamente casarse uno y otra, con tal que ésta consintiese libremente, aunque estuviera bajo la potestad de aquel (8); por último el concilio tridentino (9) dispuso que entre los dichos no pudiese celebrarse válidamente el matrimonio, mientras la robada permaneciese en poder del raptor, á no ser separada de él, y constituida en lugar libre y seguro conviniere en reci-

birlo por marido. Muchos autores (1) juzgan que esta disposicion deberá limitarse al caso de que se habla y no estenderse al en que un hombre sea robado por alguna muger, así porque siendo penal es odiosa y debe restringirse, como porque tal suceso seria muy raro, y de los de esta clase no hablan por lo comun las leyes (2). Por lo mismo añaden si se verificase, será valido el matrimonio que contraigan siempre que el robado no carezca de la libertad necesaria, aunque se halle en poder de la raptora.

Defectos de naturaleza. „*Las razones porque el casamiento fué establecido, dice la ley de la Partida (3), mayormente son dos. La una facer fijos é crecer el linage de los omes.... La otra para guardarse los omes del pecado de fornicio.*” Ninguno de ambos objetos podrán conseguir los que por defecto de naturaleza sean inhábiles para el acto de la generacion; por consiguiente será nulo el matrimonio que alguna vez contrajeran.

Impubertos. Por tal motivo no pueden casarse los impubertos, esto es, los hombres que no han cumplido catorce años y las mugeres doce (4), ó un púber y un impúber (5); estando prohibido estrictamente á los párrocos y á otro cualquiera sacerdote, autorizar los matrimonios de los que no acrediten tener dicha edad con la partida de bautismo, ó con otra prueba suficiente (6). Cuando antes de tenerla de hecho se desposaren algunos por palabras de presente,

(1) Leyes 7, tit. 33, Part. 7 y 184 De reg. juris.

(2) Glos. in. cap. 6 De his quea vi, me-tu &c.

(3) Lopez en la ley 15, tit. 2, Part. 4, núm. 14.

(4) Cit. ley 15 al fin.

(5) Caps. 21 De sponsalibus, y 4 Qui matrim accus possunt &c. Veáanse en las leyes 10 y 11, tit. 1, lib. 5 R. ó 2 y 3, tit. 2, lib. 10 N. en el concilio tridentino sess. 24 De reforma matrim cap. 9 y en el provincial mexicano tercero lib. 4, tit. 1, § 8 varias disposiciones para proteger la libertad en los matrimonios é impedir la coaccion de los poderosos.

[6] Sanchez, De matrim. lib. 7, disp. 13, núm. 14.

[7] Caps. 4, 9, 10, 36, q. 2.

[8] Cap. 7. De raptaribus.

[9] Sess. 24, de reform. matrim. cap. 6.

[1] Barbos. en dicho lug. del tridentino núm. 5, Gonz. en el, cit. cap. 7. núm. fin. Sanchez, de matrim. lib. 7, disp. 12, núm. 25.

[2] Ley 36, tit. 34, part. 7.

[3] Ley 4, tit. 2, part. 4.

[4] Cap. 3. De des. imp.

[5] Cap. 10 eod. Ley 6, tit. 1. part. 4.

[6] Cap. 2, eod. Conc. mexic. terc. lib. 4, tit. 1; § 8.

el acto no valdrá como matrimonio, aunque sí como esponsales (1). Sin embargo los que han llegado á la pubertad bien podrán casarse, si en ellos la malicia suple la edad (2), esto es, si se les advierte ya hábiles para la cohabitacion y con el suficiente discernimiento para conocer las obligaciones que les impone el matrimonio (3), lo cual toca determinar en los casos particulares que ocurran, á los obispos diocesanos (4). En los viejos decreptos tampoco se encuentra capacidad para los actos carnales; pero la Iglesia sin embargo les concede que contraigan matrimonio, *tamquam infirmitatis remedium et humanitatis solatium*, segun se espresa San Agustin (5). De tales matrimonios dice Cavalario (6) mas bien se toleran que se aprueban; y Pufendorff (7) los apellida honorarios, ó matrimonios solamente en el nombre.

Debile corpus. Es así mismo impedimento dirimente la impotencia, esto es, *cualquier vicio natural ó accidental que impida el coito*, como lo defiende Sanchez (8). Puede ser natural ó casual, perpétua ó temporal, absoluta ó respectiva. Es *natural* cuando proviene de algun efecto de la naturaleza, como la frialdad en el hombre: *nimirum defectu erectionis, et intromissionis, et immisionis seminis in vas foemineum*; de estrechez de la muger: *quae adeo arcta est, ut cum ea carnale commercium habere nequeat*; y *casual* cuando proviene de

algun mal hecho como la castracion (1). *Es perpétua* cuando no hay esperanza de que pueda cesar, como las de los eunucos; y *temporal* cuando puede curarse con remedios ordinarios sin necesidad de ocurrir á los extraordinarios y violentos, que acarrear el riesgo de perder la vida (2). *Absoluta* es la que se encuentra en un individuo para con todos los del otro sexo, y *respectiva* es la que inhabilita solo para con cierta y determinada persona (3). La impotencia perpétua sea natural ó casual, absoluta ó respectiva, probada por el competente reconocimiento (4), dirime el matrimonio siempre que sea anterior á él, quedando libre el no impedido para casarse con otro (5); pero si sobreviene despues de celebrado, ya no da lugar á la nulidad (6); porque el matrimonio válidamente contraído es indisoluble como esplicaré adelante. Por derecho de las Decretales (7) se concedia el matrimonio á los impotentes, para que si no como cónyuges, viviesen á lo menos como hermanos; pero Sixto V, (8) derogó estas disposiciones; mandando á los Ordinarios no permitiesen semejantes matrimonios, y que separasen á los contrayentes si alguna vez de hecho llegaban á verificarlos, ya lo hubiesen celebrado con consentimiento, ya con ignorancia del espresado defecto. La impotencia temporal no anula el matrimonio, pues no impide absolutamente y para siempre los fines de su institucion (9).

- (1) Cap. 14, cod. cit. Ley 6.
- (2) Caps. 9 y 14 De desp. impub. Ley 6. cit.
- (3) Murillo curs. jur. canon. lib. 4, núm. 46.
- (4) Benedicto XIV. Bula Magnae nobis 51 en el t. 2, de su Bulario.
- (5) De bono conjug. cap. 3.
- (6) Institut. jur. canon part. 2, cap. 28, núm. 5.
- (7) De jur. nat. et. gent. lib. 6, cap. 1. § 25.
- (8) De matrim. lib. 7, disp. 92, núm. 1, Ley 2, al princ. tit. 8, part. 4.

- (1) Ley 1, tit. 8, part. 4.
- (2) Ley 2, idem.
- (3) Arg. de la ley 7, idem.
- (4) Caps. 4 y 14, De probat. cap. 5 y 7 De rig. et. &c. Leyes 3 y 6 idem.
- (5) Ley 2, cit. al fin, caps. 1, hasta cod.
- (6) Cap. 25 el 7 eod. 32, q. 2, L. L. 16, tit. 2 y 4, vers. *Pero si acaeciese*, tit. 8, Part. 4.
- (7) Caps. 4 y 5 frigidis, &c, Ley 1, tit. 3, Par. 4.
- (8) Bula „Cum frequenter” espedita en 1758.
- (9) Cap. 6. De frigidis &c.

Cuando se dude si la impotencia es perpétua ó temporal, á los que por razon de ella pretendan separarse, se debe dar el plazo de tres años para que vivan juntos, recibiéndoles juramento de que procurarán la cohabitacion; y si en este tiempo no la hubiesen podido conseguir, se declarará perpétua y deberán separarse, precedida la inspeccion correspondiente, y tomado juramento á ambos de haber procurado y no conseguido la cópula; debiendo jurar á la vez con el varon siete de sus parientes ó vecinos, y con la muger otras tantas parientas ó vecinas, que creen que cada uno respectivamente dijo la verdad (1). Si separados dos casados por causa de impotencia, apareciere despues que es potente el cónyuge que se suponía no serlo, se reintegra el primer matrimonio, aunque hubiese contraído otro nuevo, excepto que aquella hubiere sido respectiva (2), ó el otro cónyuge haya profesado en alguna religion (3). Los estériles, siendo hábiles para cohabitar aunque no lo sean, para procrear, pueden contraer válidamente matrimonio (4). Igualmente pueden celebrarlo los moribundos; porque aunque actualmente están incapaces de consumarlo, no son impotentes, supuesto que tal incapacidad no proviene en ellos de vicio alguno corporal que los inhabilite para la cópula, cuyo uso tan solo tienen como suspendido (5).

Derecho de la sangre. *Stirps cognata vel affinis.* Del derecho de la sangre ó sea respeto debido á la persona de

los parientes, resultan los impedimentos de *parentesco y afinidad*. Parentesco es la relacion ó conexion que hay entre personas unidas por los vínculos de la sangre, ó consideradas como tales por las leyes civiles y eclesiásticas. Por eso el parentesco atendiendo á su origen, es natural ó de consanguinidad y puede definirse. „*Atenencia ó aligamiento de personas departidas que descienden de una raiz.* El este aligamiento nazce del engendramiento que faze el varon é la muger cuando se ayuntan en uno

(1). En el parentesco natural hay líneas y grados, los cuales se computan de diversa manera en el derecho canónico y en el civil, sirviendo la computacion de éste para las sucesiones y la de aquel para los impedimentos matrimoniales (2). Para la debida inteligencia de esto diré que se llama línea, la série de generaciones sucesivas ó de personas que proceden de un mismo origen: dicese recta la que solo comprende los ascendientes ó descendientes, y se llama colateral la que abraza á los demás parientes consanguíneos. Grado es el escalon ó paso de distancia que hay de un pariente á otro. En la línea recta son iguales para sus efectos la computacion canónica y la civil, pues son tantos los grados como las generaciones, ó como las personas descartando una de ellas. En la línea transversal hay gran diferencia entre las dos computaciones; pues el derecho civil cuenta todas las generaciones de ambos lados, y el canónico tan solo las de uno de ellos, con la advertencia de que si la línea fuese desigual hace el cómputo por el mas largo, esto es, por el que contiene mas generaciones.

En la línea recta, esto es, entre ascen-

(1) Ley 5, tit. 8, Part. 4, cap. 5 y 8 de fri-gidis &c.

(2) Cap. 6, eod. Ley 7, idem.

(3) Pichler jus. canonic. lib. 4, tit. 16, núm. 11 al fin.

(4) Sanchez, de matrim. lib. 7, disp. 92, núm. 23.

(5) El mismo, disp. 105, núm. 3.

(1) Ley 1, tit. 6, part. 4.

(2) Ley 3, vers. E. la Iglesia tit. 6, part. 4.

dientes y descendientes, está prohibido el matrimonio sin limitacion (1). Tampoco tiene límites la prohibicion en la línea transversal desigual cuando hay *respeto de parentela*, ó atingencia del primer grado en línea recta (2). En la línea transversal se entiende la prohibicion hasta el cuarto grado inclusive (3), de lo cual se exceptúan los indios quienes por privilegio de Paulo III (4) pueden casarse dentro del tercer y cuarto grado de consanguinidad.

Parentesco legal ó civil es *alleganza derecha de porfijamento que fuzen los omes entre sí* (5); esto es, el que por disposicion de las leyes civiles (6), aprobado por las eclesiásticas (7), nace de la adopcion (8) y se considera impedimento dirimente perpetuo del matrimonio entre el adoptante y el adoptado; y temporal solo mientras subsiste la adopcion entre éste y los hijos de aquel

(1), y entre el uno y los ascendientes y descendientes del otro respectivamente (2). Mas tal parentesco no existe entre varios que uno mismo haya adoptado por hijos (3), ni entre el adoptante y los padres del adoptado (4), y segun algunos autores (5) ni entre éste y los hijos legítimos de aquel; pero Gregorio Lop. (6) lleva la opinion contraria, fundado en que la ley de partida prohíbe el matrimonio entre el adoptado y los *hijos carnales* (sin distincion) del adoptante.

Espiritual parentesco (7), dice la ley de partida (8), *es compradgo que nasce entre los omes*, por los sacramentos que dan en Santa Iglesia; pero no por todos, sino tan solo por el bautismo y la confirmacion como lo declara terminantemente otra ley (9). Conforme al derecho antiguo (10) eran muchas las personas entre quienes existia este parentesco y cuyos matrimonios eran por consiguiente nulos; mas hoy despues del concilio tridentino (11) solamente se contrae:

1.º por el bautizado ó confirmado con el bautizante ó confirmante y sus padriños; á cuyos parentescos respectivamente

(1) Leyes 4 id. y 53. D. De rit. nuptiar. § 1 Instit. de nuptiis.

(2) Ley 4 cit. § 5. Inst. eod. Respeto de parentela ó atingencia del primer grado de la línea recta, es el parentesco que hay entre dos personas que una está inmediatamente bajo el tronco comun; y la otra algo mas distante. Tal parentesco dice Heineccio, creyeron los antiguos que habia con las personas, que llamaron Thii y Thias como si dijéramos divinos y divinas, y las consideraron tan santas y venerables para nosotros como nuestros mismos padres; por lo que no es de estrañar, concluye, que las leyes hayan prohibido contraer matrimonio con ellas.

(3) Cap. 8. De consang. et. afinit. Leyes 12, tit. 2 y 4 al fin. tit. 6, part. 4, concil. mexic. terc. lib. 4, tit. 2, § 3.

(4) Bula de 1.º de Junio de 1537 inserta en la obra titulada: *Fasti novi orbis* &c. n. 58, pág. 115.

(5) Leyes 12, tit. 2 y 7 vers. E tal tit. 7, p. 4.

(6) La ley cit. al princ.

(7) Caps. 1, c. 30, q. 3, y único De cognat. legal. Lop. en la gl. 2 de dicha ley.

(8) Entiéndase tanto de la agregacion como de la adopcion *in specie*; pues la ley habla generalmente y sin distincion. Así opinan Lop. en su glos. 9. Reissfensuel jus canon, lib. 4, tit. 12, n. 10. Gut. De matrim. cap. 102, n. 5 y otros varios.

(1) Ley 7 cit., vers. E. por este, cap. único cit.

(2) Ley 53. De ritu nuptiar Lop. en dicha ley gl. 7.

(3) Ley 7 cit. al fin.

(4) Ley 8 al fin, tit. 7, part. 4. Ferraris Bibliot. verb. Impediment. matrimonii. art. 1, n. 71

(5) Sanchez de matrim. lib. 7, disp. 63, n. 30

(6) Glos. 8 de la cit. ley 7.

(7) Es opinion comun como testifica Ferraris [lug. cit. n. 50] que este impedimento fué introducido por derecho eclesiástico; mas contra esto debe notarse con Selvagio y Berardi, que Justiniano fué quien lo estableció primeramente en la ley 26, c. De nuptiis confirmada despues en el concilio trulano can. 53.

(8) Ley 1, tit. 7, part. 4.

(9) Ley 2, tit. 7, part. 4, cap. 3, al fin De cognat. spirituali in 6.

(10) Véanse los títulos De cognatione spirituali de las Decretales y del Sexto, los cánones referidos por Graciano en la causa 30, q. 3, y las leyes 12, tit. 2, y leyes hasta la 5 del tit. 7, p. 4.

(11) De R. M. sess. 24, cap. 2, conc. tercer mexic. lib. 4, tit. 2, § 4.

se da el nombre de *paternidad y filiación espiritual* (1): 2.º por los padres del bautizado ó confirmado con los padrinos y el bautizante ó confirmanste, y al parentesco de éstos se llama *compaternidad y conmaternidad* (2). Por lo mismo solo entre las personas dichas se dirimirá el matrimonio por razon del parentesco espiritual y no en otras algunas fuera del ellas; como lo estableció el mismo concilio y declaró despues Pio V (3).

Afinidad es *alleganza de personas, que viene del ayuntamiento del varon e de la muger....quier sean casados o no* (4). Este parentesco existe entre el varon y los parientes consanguíneos de la muger, en el mismo grado en que lo son de ésta, y al contrario; pero no entre los afines ni entre los parientes de uno y del otro; pues la afinidad no produce afinidad (5); y aunque en ellas propiamente no hay grados pues no proviene de la generacion, por analogía, en la manera indicada, se cuentan del mismo modo que en la consanguinidad. Antiguamente (6) habia varias especies de afinidad que despues fueron derogadas, subsistiendo tan solo la explicada; ésta cuando proviene de matrimonio consumado produce impedimento dirimente en los mismos términos que se ha dicho de la consanguinidad (7); pero si dimana de cópula ilícita está restringida al segundo

grado (1) siendo válido el matrimonio en los ulteriores (2). El parentesco legal produce tambien una afinidad especial que anula el matrimonio del adoptante con la muger del adoptado, y de éste con la de aquel, y que dura aun despues de disuelta la adopcion (3).

Sponsalis honestas. La pública honestidad es cierta semejanza de la afinidad, que nace ó bien del matrimonio solamente rato y todavia no consumado, ó de los esponsales, y así existe y dirime el matrimonio entre el esposo ó marido. y los consanguíneos de la esposa ó muger, y entre una ú otra y los consanguíneos de aquellos (4). Cuando la pública honestidad dimana del matrimonio rato, se estiende hasta el cuarto grado como la afinidad (5), y no obstante que por derecho antiguo llegaba hasta el mismo la proveniente de los esponsales (6), y la producian éstos, siendo ciertos, aunque por cualquier motivo que no fuese falta de consentimiento, resultasen inválidos (7); hoy está limitada en ellos al

(1) Arg. de los caps. 1, 2 y 5, c. 30. q. 1, cap. 1. De cogn. spir. in 6, ley 1 vers. La segunda tit. 7, part. 4.

(2) Cap. 3, c. 30, q. 4, cit. ley, vers. La primera.

(3) En su bula Cum. illius: inserta en el 7.º de las Decretales, lib. 4, cap. 3.

(4) Ley 5, tit. 6, part. 4.

(5) Ley 5, cit. vers. E. nom. cap. 5. De consanguin. et. afinit.

(6) Ley 6, cit. caps. 8, eod, y 3 y 22, caus. 35, q. 3.

(7) Ley 6, y cap. 8, cit. concil. mex. terc. lib. 4, § 2, tit. 3.

(1) Conc. Trid. sess. 24, de R. M. cap. 4 Con. mexic. terc. lug. cit.

(2) Conc. Trident. y mexic. cit. Bula ad. Romanun Pontificem de Pio V. inserta en el 7.º de las Decretales, lib. 4, tit. 2, cap. 4.

(3) Ley 8, tit. 7, part. 4.

(4) Ley 12, tit. 1, part. 4, caps. 3, 5 y 8. De sponsalibus unic. eod. in. 6 y 11 y 14, c. 27 q. 2. El impedimento de *pública honestidad*, no fué introducido por el derecho eclesiástico como dice Ferraris (Biblioth. verb. in pedimenta matrimonii, art. 2, núm. 21), ser la opinion comun; pues tuvo su principio en la jurisprudencia de los romanos que prohibia los matrimonios entre el hijo y la esposa del padre, entre éste y la esposa de aquel y entre el esposo y la madre de la esposa, ley 12, § 1 D. De ritu nuptiar. En cuanto al matrimonio no consumado lo estableció el emperador Zenon en la ley 8. C. De incest. nuptiis, reprobando la costumbre de los egipcios entre quienes era permitido el matrimoni entre cuñado y cuñada no habiendo sido consumado el primero.

(5) Cap. 8 de sponsalibus y 8 de consanguinitate &c.

(6) Ley 12, tit. 1, part. 4.

(7) Cap. único. De sponsalibus, in. 6.

primer grado, y abolida cuando sean nulos por cualquiera causa (1); pero esto no debe estenderse al matrimonio rato como está declarado por Pio V (2). Si los esponsales válidamente celebrados, se disolvieren por mútuo disentiimiento, induce siempre pública honestidad, segun lo declaró la sagrada congregacion del concilio en 6 de Julio de 1658, y se aprobó por Alejandro VI (3).

Santidad de la Religion. *Dispar cultus.* La diversidad de religion de los contrayentes, es tambien impedimento dirimente del matrimonio (4); pero esto no se entiende por cualquiera otra religion que no sea la cristiana, sino solo cuando uno de los cónyuges sea bautizado y el otro no, ó inválidamente (5). *Et ordo sacer professio claustris.* Así mismo lo son las órdenes sagradas, no las menores (6), y la profesion religiosa (7), por el voto solemne de castidad que unas y otras tienen anexo, y por la disposicion especial eclesiástica que inhabilita para el matrimonio á los que hayan recibido las primeras (8). *Stans foedus.* Tampoco pueden contraer matrimonio los que estén ya ligados con otro anterior (9); y si lo hicieren será nulo, cometerán el crimen de *poligamia* é incurrirán en las penas establecidas para su castigo, en las leyes penales que en otra parte explicaré.

(1) Concil. Trident. sess. 24 de R. M. cap. 3, concilio mexic. tercer lib. 4. tit. 2, § 3, al fin.

(2) Ferrar. lug. cit. núm. 25.

(3) Fagniano en el cap. 4. De sponsal. núm. 29.

(4) Ley 15, tit. 2, part. 4, cap. 5, caus. 28, q. 1.

(5) Selvagio Instit. canon lib. 1, tit. 9, número 27.

(6) Leyes 39, tit. 5, part. 1, y 16, tit. 2, part. 4, caps. 7, 8, 11 y 13, dist. 32, 9 De aetate et qualit. ord. praef. 1 y 2, qui clerici velvoventes.

(7) Caps. 12 e. 27, q. 13 y 7 eod. y leyes 2, tit. 7 y 2, tit. 8 part. 1 y 11 tit. 2, part. 4.

(8) Concil. Trident. sess. 24 de S. M. can. 9.

(9) 1. ad. Corin. cap. 7 ver. 39, cap. 2. De sec. nuptiar concil. Triden. sess. 24 de S. M. can. 2 L 16, tit. 17, part. 7.

Vel clandestinum. Aquí entendemos por matrimonio clandestino el que ha sido celebrado sin asistencia del propio párroco ó de otro sacerdote, con autoridad de éste ó del ordinario, y de dos ó tres testigos; en cuyos términos está declarado que los contrayentes carecen de habilidad para verificarlo, y que el matrimonio por consiguiente es nulo (1). Dicha formalidad no debe entenderse puramente probatoria sino solemne, y tan precisa que no puede suplirse por algun equivalente; siendo nulo el matrimonio á que no asista el párroco ó un delegado suyo ó el ordinario, aunque se contraiga ante una muy numerosa y respetable concurrencia (2). Si los contrayentes fuesen feligreses de diversas parroquias, bastará que se celebre ante cualquiera de los dos párrocos; aunque para ese caso está determinado en los estatutos de algunas iglesias (3), y se observa en la mexicana que se contraiga ante el párroco de la muger. Por párroco propio se tiene para este efecto, no solo el verdadero párroco sino tambien el sumo pontífice en toda la Iglesia (4), sus nuncios y legados *a latere* en sus respectivas provincias, los cardenales en sus títulos, los obispos y vicarios generales en sus diócesis, y aun los arzobispos en las de los sufragáneos cuando actualmente las visiten, ó cuando apelasen ante ellos á quienes negare el sufragáneo el matrimonio; los vicarios capitulares *in sede vacante*, y por último, cualquiera secular ó regular con licencia de los sobredichos (5).

(1) Conc. Trid. sess. 25 de R. M. cap. 1 Cons. mex. terc. lib. 4, tit. 1, §. 3.

[2] Luca annotat ad concil. Trid. disc. 26 n. 9.

[3] Así está declarado por la sag. cong. del conc. como testifica Sanchez, De matrim. lib. 3, disp. 19, n. 4.

[4] Selvagio Instit. canon. lib. 2, tit. 8, n. 9.

[5] Barbosa sobre el cit. lug. del conc. trid. cap. 1.

Respecto de los testigos para que sea válido el matrimonio, solo se requiere que tengan uso de razón; y pueden serlo los impúberos, consanguíneos, domésticos, religiosos, mugeres, excomulgados, infames, infieles, hereges, y aun otros inhábiles para testificar en juicio por derecho positivo; pues el concilio exige simplemente la asistencia de dos ó tres sin mencionar en ellos cualidad alguna (1).

La presencia del párroco y testigos no basta que sea física, sino que se requiere moral, racional y humana, esto es, que entiendan que los esposos contraen matrimonio de presente (2); así mismo ha de ser simultánea, no sucesiva, como lo exige el concilio (3). Mas no es necesario que los testigos sean rogados ó llamados de propósito para presenciar el matrimonio (4); y así valdrá éste aun cuando aquellos concurren convocados por engaño ó por fuerza, ó estén presentes accidentalmente, y aun cuando afectan no entender lo que pasa, cerrando los ojos y tapándose los oídos: todo lo cual así está declarado por la Sagrada Congregación del concilio, como testifica Ferraris (5), respondiendo á otras declaraciones de la misma que alegan los autores contrarios.

El párroco ó sacerdote que celebrare un matrimonio sin el espresado número de testigos, los testigos que intervinieren en él sin el párroco y los contrayentes, manda el concilio tridentino (6) que sean castigados gravemente al arbitrio del ordina-

rio; añadiendo, que el sacerdote secular ó regular que sin ser párroco de los contrayentes, aunque lo sea de otra parroquia, y sin tener la licencia respectiva, autorice algun matrimonio, quede *ipso jure* suspendido hasta que se le absuelva por el ordinario de aquel párroco que debia intervenir en el matrimonio. Lo mismo dispone el concilio provincial mexicano (1), estableciendo además que nadie contraiga matrimonio sino en la forma ordinaria por el concilio tridentino; y que si se contraviniera, fuera de las penas prescritas por derecho y de la de excomunion, sean multados los contrayentes en treinta pesos, y cada uno de los testigos en quince, aplicables á los gastos del culto de su parroquia, y el párroco ó sacerdote permanezca encarcelado por el espacio de un mes. Las leyes civiles han impuesto así mismo otras penas temporales, cuya esplicacion reservaré para el tratado de delitos.

Et crimina bina. Los dos delitos de homicidio y adulterio, combinados entre sí ó acompañados de ciertas circunstancias agravantes, pueden en cuatro casos ser impedimentos dirimentes del matrimonio. El primero es *solum homicidium* cuando el varón ó la muger da muerte sin que haya adulterio; pero con conocimiento de la otra parte, al cónyuge propio ó al de ésta, con ánimo de contraer matrimonio (2): el segundo, *homicidium cum adulterio*, se verifica cuando habiendo algunos cometido adulterio, mata cualquiera de ellos á su cónyuge ó al del otro, sin previa maquinación de ambos, pero con intención de casarse con el cómplice (3): el tercero, *adulterium*

[1] Sanchez, De matrim. lib. 9, disp. 24, n. 5. Reiffenstuel jus canon, lib. 4, tit. 3, n. 103.

(2) Conc. Trid. lug. cit. allí: *Et eorum mutuo consensu intellectu.*

[3] Lug. cit. allí. *Praecente parrocho et testibus.*

[4] Greg. Lop. glos. 2 de la ley 1, tit. 3, part 4.

[5] Biblioth. verb. impedim. matrim. art. 2, n. 102 y sig.

[6] Lug. cit.

[1] Lug. cit. §§ 3 y 5.

[2] Caps. 1 de convers. infidel y 5 c. 31 q. 1.

[3] Caps. 2 y 3 de eo qui duxit in matrimonium &c. L 19 vers. . La primera tit. 9, part. 4.

solum compromissione matrimonii, tiene lugar cuando los dos adúlteros se comprometen á casarse despues de la muerte del cónyuge, cuya existencia lo impide, aunque no conspiren para matarle (1); y por último, cuarto, *adulterium cum alio matrimonio contracto*, cuando el adúltero ó adúltera viviendo su legítimo cónyuge, contrae matrimonio con aquel con quien adulteró, en cuyo caso, ni aun disuelto el primer matrimonio podrá casarse con él (2), y si lo verificaren deberán ser separados, si no es que uno de ellos ignore que el otro era casado; pues entonces se deja á su eleccion permanecer con él, ó separarse y contraer otro matrimonio (3).

Si algunos entre quienes existiere cualquiera de los impedimentos dirimentes que quedan esplicados, contrajeran matrimonio, éste será nulo y no habrá cónyuges ni dote. Los hijos nacidos de él no serán legítimos, ni estarán bajo la patria potestad (4); á menos que el matrimonio sea *putativo* por haberse celebrado con buena fé. Tampoco habrá lugar á la repeticion [5] de la dote y arras; las que deberán aplicarse al fisco, si hubiere mala fé por ambas partes, ó al cónyuge inocente si solo por una; excepto que los contrayentes sean menores de veinticinco años ó se hubiere verificado el matrimonio por error; pues entonces aunque se separaran, recobrará cada uno lo que le perteneciere (6). Además los contrayentes incurrirán en las penas impuestas por las leyes civiles [7] al delito que respecti-

vamente hubieren cometido de incesto, raptó, violencia, &c. El concilio tridentino dispone [1], que los que contrajeran matrimonio á sabiendas en alguno de los grados prohibidos, sean separados y no se les conceda dispensa para celebrarlo despues válidamente; en cuya pena con mucha mas razon incurrirán si se atrevieren á consumarlo; si lo celebraren por ignorancia, sufrirán las mismas penas siempre que hubieren omitido las solemnidades que requiere el derecho para la celebracion de los matrimonios; pero si habiendo precedido éstas, apareciere despues algun impedimento del que tuvieron ignorancia probable, se podrá con menor dificultad dispensarlos gratuitamente. Sobre el mismo punto el concilio mexicano tercero, establece (2) que los contrayentes á sabiendas de un tal matrimonio, además de incurrir en excomunion por el mismo hecho, y de las penas que designan las leyes civiles y eclesiásticas, sean multados en cien pesos; y que al sacerdote que á sabiendas lo autorice siendo beneficiado, se prive de la renta de un año, y no siéndolo se multe así mismo en la espresada cantidad. Dichas multas se aplicarán por iguales partes á los gastos de justicia, fábrica de iglesias, y al acusador y al juez en su defecto. Estas disposiciones, aunque por su letra están restrictas al caso de que es nulo el matrimonio por motivo de parentesco, así por su espíritu como por identidad de razon, deberán ampliarse al que lo sea por alguno de los otros impedimentos dirimentes, como lo prueba Sanchez, *De matrim.* lib. 3, dis. 24, núm. 7.

5 Llámanse impedimentos impediéntes aquellos que si bien son un obstáculo para contraer matrimonio no lo anulan des-

[1] Caps. 4, c. 91, q. 1; 1, 4, 6 y 7 eod. cit. ley 19 vers. la segunda.

[2] Caps. 1, 5, 7 y 8 eod. cit. ley 19 vers. La tercera.

[3] Cit. ley 19 al fin.
[4] § 11 Instit. De nuptiis Princ. y 1, tit. 15, p. 4.

[5] § 11 cit.

[6] Leyes 50 y 51 tit. 14, part. 4.

[7] § 11 cit. al fin.

(1) Sess. 24 de R. M. cap. 5.

(2) Lib. 4. tit. 2, §. 1.

pues de contraído. Tales son: los que dimanar de falta de conocimiento paterno; y de los esponsales válidos celebrados con anterioridad; el voto simple de castidad; la heregía, la prohibición impuesta por la Iglesia; de celebrar matrimonio en ciertas épocas del año; la ignorancia de la doctrina cristiana y algunos mas de que hablan los canonistas, y no corresponden al derecho civil.

A los hijos de familia menores de veinticinco años y á las hijas de veintitres, está prohibido (1) contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no está obligado á dar razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso: los hijos que hayan cumplido veinticinco años y las hijas veintitres, pueden casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre. En defecto de éste tiene la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquieren la libertad de casarse á su arbitrio un año antes, esto es, los varones á los veinticuatro y las hembras á los veintidos, todos cumplidos: á falta de padre y madre recae la autoridad en el abuelo paterno, y á falta de éste en el materno, adquiriendo entonces los menores la indicada libertad dos años antes que los que tengan padre, á saber: los varones á los veintitres y las hembras á los veintiuno cumplidos: en defecto de padres y abuelo paterno y materno, suceden los tutores, y á falta de éstos el juez

del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa, y siendo entonces libres para casarse los varones á los veintidos y las hembras á los veinte cumplidos.

Mas contra el irracional disenso de los padres tienen los hijos el recurso de ocurrir al gobernador en el Distrito, ó á los prefectos y subprefectos y gobernadores en los Estados, quienes procederán con parecer de asesor, y previos los informes que deben tomar sobre la conveniencia del enlace, podrán autorizar á los hijos á su celebracion (1). Solos los hijos de familia son parte legítima para pedir á sus padres, abuelos ó tutores el consentimiento (2), y por lo mismo solo ellos podrán impetrar la habilitacion correspondiente de la autoridad respectiva, en caso de que aquellos se la nieguen. Si habiendo dado este paso alguna hija de familia, sufriere de parte de sus padres ó encargados opresion ó malos tratamientos puede quejarse de ellos al mismo funcionario, quien certificado de la verdad procederá á extraerla de su casa si así lo creyese necesario, y depositarla en otra honesta de su confianza (3).

El decreto de 19 de Febrero de 1849 quitó á los militares y empleados la necesidad que tenían de obtener previa licencia del gobierno, para poder contraer matrimonio, derogándose las disposiciones antiguas que lo contrario prevenian; mas esta derogacion no altera en cosa alguna las pragmáticas que establecen el modo

(1) No solo por el derecho civil sino tambien por el canónico. "Matrimonia á filiis familias sine consensu parentum contracta.... Santa Dei Ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est. atque prohibuit; dice el concilio tridentino, sess. 24, cap. 1. De reforma matrim. Véase la ley 14, tit. 2, lib. 10 de la N; y el canon 6 del tit. 1, libro 4 del cuarto conc. prov. mex., transcrito en la ced. de 7 de Abril de 1778, inserta en los autos de Beleña, tom. 2, n. 41, pág. 162.

(1) Ley 18, tit. 2, lib. 10 N. R. A la que deben arreglarse todos los matrimonios, sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra pragmática anterior. dec. de 14 de Abril y art. 18, cap. 3 del de 23 de Junio de 1813. art. 5 dec. de 18 de Noviembre de 1824. Ley de 20 de Marzo de 1837, arts. 74 y 75, 110 y 111. Esta ley, dada para el arreglo interior de los departamentos, durante el sistema constitucional de 1836, solo subsiste en el dia sujeto á las reformas particulares de los Estados.

(2) Ley 17 tit. 2, libro 10 N.

(3) Ley 16 de id. Elizondo prac. univ. torense tom. 7, cap. 16 Cap. 14, de sponsalibus.

de suplir el consentimiento paterno para casarse en los términos que se ha referido.

6 El matrimonio consumado, legítimamente contraído es indisoluble durante la vida de los consortes. El rato y no consumado se disuelve por la profesión religiosa de cualquiera de ellos, y esto es lo que llaman divorcio en cuanto al vínculo [1]. Hay además otra clase de divorcio ó sea separación de los esposos en cuanto á la cohabitación, cuando se declara tal por la autoridad eclesiástica. Puede intentarse esta separación por las causas siguientes: 1.º Por delito legalmente probado de adulterio, incesto ó sodomía de uno de los casados; y si ambos fueren teos de cualquiera de estos delitos, á ninguno debe oírse sobre separación [2]. 2.º Por enfermedad contagiosa de uno de los consortes. 3.º Si el marido cometiendo ó queriendo cometer algún delito de gravedad, indujere á la muger á su cooperación. 4.º Por malos tratamientos y otros motivos igualmente graves [3].

El matrimonio produce los siguientes efectos civiles: 1.º Patria potestad, de la que se hablará en su lugar oportuno. 2.º La legitimidad de los hijos. 3.º La libertad que éstos consiguen de la patria potestad luego que se casan, según se verá cuando se trate de la emancipación. 4.º La comunión de bienes en los términos que se dirá en el título de gananciales.

5.º La facultad que concede la ley al marido, mayor de diez y ocho años aunque sea menor de veinticinco, para administrar los bienes de su muger [1]. 6.º La necesidad de obtener esta autorización del marido para ejecutar cosas que pudieran perjudicar sin ella á la sociedad conyugal. No puede, pues, la muger sin licencia del marido presentarse en juicio, repudiar ninguna herencia que le corresponda por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario [2], tampoco celebrar contrato ni cuasi contrato alguno ni apartarse de los ya celebrados [3], bien que podrá el marido ratificar lo que sin su licencia hiciere su muger, y entonces será válido [4]. Así mismo puede el marido dar licencia general á su muger para celebrar contratos y para todo lo demás que ella no puede ejecutar sin su permiso, y valdrá lo que haga en virtud de aquella [5]. Si el marido negare injustamente su licencia cuando fuere necesaria para estos objetos, podrá el juez con previo conocimiento de causa obligarle á que se la dé ó á dársele el mismo si aquel, aun cuando fuere compelido, no quisiere hacerlo [6]. Así mismo puede el juez dar dicha licencia con conocimiento de causa en caso de estar el marido ausente y no esperarse su próximo regreso, ó si hubiere algún peligro en la tardanza, y valdrá todo lo hecho con la licencia del juez como si el marido la hubiere dado [7].

(1) Ley 5, tit. 13, p. 4.

(2) Ley 2, tit. 9, p. 4.

(3) Habiéndose de tratar en los juicios de las causas matrimoniales, me abstengo de indicar aquí los trámites judiciales que se siguen en esta clase de negocios.

(1) Ley 7, tit. 2, lib. 10 N. R.

(2) Ley 10, tit. 20, lib. 10 N. R.

(3) Ley 11, tit. 1, lib. 10 N. R.

(4) Ley 14, tit. 1, lib. 10 N. R.

(5) Ley 12 del mismo tit.

(6) Ley 13 id.

(7) Ley 15 id.

REFLECCIONES FILOSÓFICAS.

Sobre matrimonios y esponsales.

Los códigos romanos trataron del matrimonio sin el debido orden y conexión de materias; y las instituciones no hablaron de él, sino como de una incidencia de la patria potestad.

El compilador de las Partidas conoció la importancia de este tratado y colocó todo lo relativo á él en la cuarta, dando para ello la razón de ser el primero y el mas honrado de los siete sacramentos, y por lo mismo digno de que ocupe el centro, así como el corazón que es el que estiende la vida á los demás miembros se halla en medio del cuerpo, y lo mismo también que el Sol está en medio de los siete cielos. Nosotros no quisiéramos fundar nuestras esplicaciones en razones tan insignificantes y ridículas. Creemos que el tratado de las personas debe ocupar la primera parte ó libro del código, porque lo mas interesante para el hombre es el saber sus derechos y obligaciones; y nos parece que el título del matrimonio debe preferir á los demás, porque el orden cronológico en que se suceden las relaciones sociales así lo indica. Para ser padre se ha de suponer preexistente un matrimonio; y antes que un pupilo esté sujeto á un tutor, ha debido estar bajo la dependencia de un padre. Esta es la razón de un buen método.

El matrimonio, pues, cuyo origen se pierde en la creación del mismo hombre, es una institución necesaria para la conservación y reproducción de la especie humana; la mas útil que él pudo imaginar para la felicidad de ella; y á cuyo fa-

vor están todas las razones imaginables. El aumento los placeres de la vida; introduce el orden y economía doméstica; estiende sus miras al porvenir; en fin, sirve de refugio á las tempestades sociales, y de consuelo á las desgracias. ¿Qué sería del hombre y de la sociedad sin esta institución? Una perpétua agitación y guerra. Sin hijos ni parientes, pues todos se confundirían, carecería de toda sensibilidad; limitadas sus necesidades al individuo, mediante á que no se esmeraría en el bien de la posteridad, con quien no tendría vínculo alguno, sería un ente indolente; abandonada la educación de la juventud, la ignorancia é inmoralidad llegarían á su colmo. Pero no quiero continuar este triste cuadro: el mundo parece hallarse convencido de la necesidad y utilidad del matrimonio legal, supuesto que todo él lo ha adoptado bajo bases mas ó menos semejantes. Así no es extraño que la Iglesia católica, con el fin de mover á los hombres á celebrar este contrato útil y de hacerlo observar religiosamente, haya querido elevarlo colocándolo entre sus sacramentos; doble vínculo bajo el que los católicos lo consideramos.

ESPONSALES.

Ahora bien, vamos á examinar las reglas bajo las cuales lo han adoptado nuestras leyes. En primer lugar declaran por suficiente la edad de siete años para poder contraer los esponsales; pero esta época parecerá bien prematura para que sea lícito á uno dar su palabra de casa.

miento, porque seguramente que el acto de eleccion del esposo ó esposa es demasiado importante para que se deje á uno que escasamente sabe hablar: Es verdad que aun contraidos puede uno retirarse; pero tambien lo es que no puede hacerlo sin indemnizar al engañado: y por otra parte ¿no es chocante que negando las leyes su sancion á los contratos celebrados por los locos, fátuos, pródigos y aun por los mismos menores, autorice el presente celebrado por un niño? No dudaria pues yo en quitar la fuerza á este convenio hasta aquella edad en que sea lícito contraer de presente el matrimonio. Pero no así respecto de la necesidad de obtener al efecto el consentimiento paterno. La ley debe sin duda tomar todas las precauciones posibles para que la inesperienza é irreflexion de la juventud en el asunto mas grave de la vida sean bien ilustradas, para que el ardor juvenil sea moderado, y á fin de que su inocencia no sea seducida. Conviene, pues, no abandonar al mero capricho del menor la eleccion del esposo ó esposa, y dar al efecto cierta especie de veto á sus padres, parientes ó tutores: la sociedad está interesada en ello. No obstante, al conceder este derecho no intento poner en manos de éstos una arma terrible y dispuesta á herir á los jóvenes; sobre todo quisiera evitar los matrimonios forzados y los de puro interés. En efecto, cualquiera conoce la diversidad de miras que generalmente se proponen un padre y un hijo cuando éste trata de casarse: el fin del primero suele ser el mero interés pecuniario, el móvil del segundo el amor. De aquí nace la repugnancia de los padres á prestar su consentimiento á una union en la que no ven ventaja alguna; de aquí su improbacion; de aquí finalmente el obligar á los hijos á contraer matrimonios que no les gustan. La felicidad de la sociedad

resulta del bienestar de las familias, y ésta estriba principalmente en el amor de los esposos; quitad, pues, este amor y por mas que le supongais con riquezas, su felicidad solo será aparente. A esto tenderia en último resultado el derecho ilimitado de impedir los matrimonios.

Para evitarlo juzgo por conveniente señalar una época despues de la cual pueda el menor contraer libremente el matrimonio, y ella pudiera fijarse en los veintitis años cumplidos para los varones y veintiuno para las hembras; de cuyo derecho gozaria tambien la madre en falta de padre. No teniendo padre ni madre podria exigirse el consentimiento del abuelo paterno, materno ó tutor por su orden; pero entonces bajaria la época de la libertad á los veintidos para los varones y veinte respecto de las hembras. Aun cumplidas estas edades, la sumision que los hijos deben tener hácia sus padres y mayores exige que hagan para con ellos un acto de respeto, comunicándoles el matrimonio que tratan de contraer. Así no podria celebrarse éste, á saber teniendo padre ó madre, en tres meses inmediatos á la denunciacion, y no teniéndolos durante dos, si en este intermedio no prestaban su consentimiento. Tal vez en este tiempo, mediante los consejos de éstos, podrian calmarse sus pasiones fogosas, si acaso las tuvieran, y abstenerse de una union que les seria poco útil ó perjudicial: de todos modos el mal de la dilacion no es muy grande y los bienes pueden serlo.

Podrian los padres hacer uso de este derecho sin obligacion de explicar la razon de su negativa; porque aunque parece muy grande esta facultad, sin embargo, el amor que tienen ácia sus hijos, los inconvenientes que habian de resultar de la manifestacion de los motivos, y los desagradables pleitos que serian consiguien-

tes, aconsejarán esta medida que tambien es adoptada por nuestras leyes. Respecto de los abuelos y tutores no se hallan estas consideraciones en tanta fuerza, y no seria prudente en mi concepto darles igual poder. Ellos, y particularmente los tutores, no tienen el afecto é interés que los padres en el bienestar de los huérfanos; al contrario, su oposicion puede provenir de un capricho ó tal vez de miras de interés propio: por lo mismo será conveniente imponerles la obligacion de fundar su resistencia, á saber: á los abuelos desde los veintiuno y diez y ocho respectivamente. La razon de esta diferencia se halla por una parte en el mayor afecto de los abuelos respecto de los tutores, y por otra en el menor interés personal en impedir los matrimonios.

Pero en fin una vez de establecida la necesidad de la vénia para el matrimonio de los menores, es consiguiente que si se llegare á contraer sin ella, sea absolutamente nulo, ó lo que es lo mismo que se tenga por no contraído. Así sucede con todos los demás actos legales, para cuya celebracion se exigen algunas solemnidades, pues no llenándose éstas completamente, aquellos son ineficaces: por tanto la disposicion que declara válido el matrimonio celebrado sin licencia, parece hallarse en contradiccion con todos los principios de la jurisprudencia. El requisito del consentimiento paterno no tiene por objeto esclusivo el bien del hijo de familias ó huérfano, sino que interesa á toda la sociedad el que los consorcios sean el fruto de la reflexion, en lugar de los resultados de los ímpetus juveniles. Por eso no conviene dejar en manos de los menores el poder de perjudicar la generalidad al mismo tiempo que se perjudiquen á sí mismos. Leyes prohibitivas no deben darse para que cual-

quiera pueda violarlas; ¿y no es chocante que al paso que condenan este atentado y lo castigan con penas, dejen subsistente el acto que reprueban y cuya comision tienen por objeto impedir? ¿Qué juzgarémos de una ley que dijese, nadie celebre contrato sino es en escritura pública; pero si lo verificare de otro modo tendrá toda su fuerza, como si fuese hecho así. ¿Qué terribles consecuencias pueden resultar de esta timidez del legislador! Dos jóvenes pueden amarse y tratar de contraer matrimonio: si se tienen fé recíproca ¿cómo evitar el que hagan un comercio ilícito, pues que saben que no hay en el mundo poder que impida su legitimacion? ¿Y los derechos paternos no son burlados con toda facilidad? ¿Las penas serán por ventura suficiente freno para evitar estos atentados en una edad de ardor? ¿No podrá aun esperarse el perdon paternal despues que el acto está consumado y no tiene ya remedio?

Tales son las consideraciones que me ocurren. Sin embargo vemos que lo contrario se ha seguido por la Iglesia Católica, y que últimamente está declarado así por el santo concilio de Trento en su sesion XXIV de reformatione matrimonii, cap. I. Su decreto se reduce á prohibir y detestar los matrimonios contraidos de esta manera sin consentimiento de los padres; mas al mismo tiempo anatematiza á los que niegen que ellos sean válidos y eficaces. Esta autorioridad es verdaderamente de grave peso para los católicos; pero no será demasía decir que los prelados que asistieron á aquel sínodo fueron tambien hombres y pudieron equivocarse, cuando tuvieron por conveniente mantener la validez de estas uniones; pues si ellas son malas y detestables, como allí se confiesa, ¿por qué no anularlas con franqueza? Los teólogos ense-

fian que los concilios son sometidos al error en materia de disciplina, y pueden enmendarse por otros posteriores; y esta es la causa de que haya manifestado aquí mi opinion contra la de aquellos venerables varones. Pero en fin, consideraciones tales pudieron ellos tener presentes, que alegadas variase mi dictámen: por lo mismo no debo insistir en este punto.

El recurso que se concede á los menores contra la denegacion de los abuelos y tutores debiera en mi entender dirigirse en primer lugar al juez del domicilio con apelacion á la audiencia del territorio, la cual convendría que lo decidiese con preferencia á otros negocios. Es pues muy estraño que nuestra disposicion legal confie este juicio en única instancia á los gobernadores, prefectos y subprefectos; digo que es estraño, pues que lo es tal encomendar la instruccion y fallo de un proceso á uno de quien no se puede esperar entienda de estas máterias forenses. Es menester desengañarse que esto es un oficio como todos los demás, y que debe dejarse ejercerlo á los que han estudiado y aprendido, y tienen un hábito práctico de él, mayormente en cosas en que va el honor, la reputacion y acaso el bienestar de toda una familia; y por lo mismo la ignorancia puede acarrear terribles consecuencias. En fin, otro de los defectos de esta medida es que un negocio tan importante se remita al tribunal de un solo hombre. Así podrémos decir que el gobernador podrá conceder ó negar su licencia segun le diere su capricho, pues ni se admite otra instancia que le pueda refrenar; ni tiene con jueces que le ilustren y moderen, ni se le obliga á dar razon de su fallo; finalmente no se le prescribe el método de instruccion que debe seguir:

Desgraciada de aquella nacion que aplica á las leyes civiles el modo de gobernar en la milicia! Tal vez no se penetró bien de estos inconvenientes la ley que así lo establece, y por ello no dudamos que cuando se trate de ordenar la legislacion, no se quedará sin retoque el presente punto. En lo demás, bien se vé que mi opinion es la de no conceder este recurso contra los mismos padres: las razones de esto son las que he alegado antes para no obligarles á explicar los motivos de su resistencia.

Es claro que los esponsales deben tener toda la fuerza y eficacia que los demás contratos, y que por lo mismo es justo que los que lo celebren puedan ser compelidos á su cumplimiento, ó en otro caso á la indemnizacion de los perjuicios que han causado á la otra parte. Así las leyes que establecen esto me parecen fundadas. Se exige, en mi concepto muy bien, que el contrato esponsalicio, para que tenga esta fuerza, sea otorgado por escritura pública; pues así se evitará la seducccion de las jóvenes, tan perjudicial á la verdad, que frecuentemente acarrea la desgracia eterna de ellas y de sus familias. Sin duda que nunca harán las leyes demasiado en lo que sea promover el bien de las doncellas, á lo menos si ello puede lograrse sin perjudicar á los demás, pues los males de ellas son graves, irremediables y trascendentales á la sociedad, y se vé que en el presente asunto á nadie resulta perjuicio con la medida concedida. Así sabrán ellas á que atenerse en sus amistades: si se propasan, ya verian lo que puede esperar de la ley; ya sabrian que no tienen escusa para con el público; y este resultado y esta ninguna escusa contribuirán para su moderacion. De esta manera se evitará tambien el escándalo que con

daño de las costumbres resultaria de los pleitos que se tendrán que seguir para justificar el hecho de haber dado palabra de casamiento, hecho en verdad bien difícil de probar las mas veces, supuesto que no se ejecuta donde hay concurrencia de testigos, á lo menos generalmente.

Por regla general en ningun contrato puede ser uno obligado á cumplir la promesa que ha hecho, cuando se averigua que la ley misma le prohíbe verificarla, cuando el otro contrayente es moroso por su parte, ó cuando sobreviene alguna circunstancia grave que haria perjudicial la realizacion. Se vé que en todos estos casos no es una falta propia quien impide llevar adelante el convenio, y parece que solo cuando ocurra ella debe ser castigado. Las tres excepciones contenidas en las leyes de esponsales se hallan conformes con estas reglas, y no podrán menos de tenerse por justas, puesto que la promesa de casarse es tambien un verdadero contrato. Sin embargo, el término de tres años de ausencia del uno de los contrayentes, para que el otro pueda separarse libremente de su empeño, parecerá á cualquiera demasiado largo, por que á la verdad quien en menor tiempo no vuelve y no trata de realizar el matrimonio, hace ver que no le conviene ó que le ha pesado. Entonces hay una falta por su parte, y la ley debe libertar al otro de toda responsabilidad. El matrimonio es contrato de las mas graves consecuencias, y por lo mismo su celebracion debe estar exenta hasta de la sombra de la mas pequeña coaccion; así desde que se conozca que las voluntades de los promitentes se hallan separadas, no conviene apremiar á unir sus cuerpos.

Pero hay además otra reflexion que

aconseja reducir el tiempo en que será preciso aguardar al ausente. Si por una parte es cierto que el matrimonio es el contrato mas útil y cuya libre ejecucion debe facilitarse en cuanto se pueda, tambien lo es que generalmente no se ofrecen para él las proporciones y elecciones que para los demás; á lo menos así sucede esto para con las mugeres. Ahora bien, como los hombres son los que por lo regular viajan y se ausentan, resultará que las mugeres son las que han de estar esperando; y si entretanto se les presenta otra buena colocacion, y la abandonan por evitar la pena impuesta á la inconstancia ¿qué perjuicios no tendrán si luego son burladas por el novio? No hay duda, pues, en que hay un grave inconveniente en estender demasiado la época en que será permitido separarse de los esponsales sin obligacion de alguna indemnizacion. Así yo propondria para ello el término de cuatro meses, que parece muy suficiente; si bien convenirá que hallándose dentro del mismo lugar, se le comuniqué esta separacion.

POLIGAMIA.

En nuestro derecho están decididas dos cuestiones importantes, cuya solucion buena ó mala puede ser de mucha consecuencia en la sociedad, á saber; la *poligamia* y *poliandria*: prohíbe una y otra. Esta determinacion es muy buena considerándola en sí, y necesaria en el estado actual de nuestras costumbres, ideas y situacion: buena en sí, porque produce mas bienes que males, y necesaria por razon de circunstancias, porque chocaria ella á todos. No puede negarse sin faltar á la verdad que la poligamia se dirige á aumentar los placeres y autoridad del marido; pero no menos

cierto es que ella causa la desdicha de las mugeres, de los hijos y de la sociedad, los que al fin tambien han de refluir sobre aquel en una buena porcion. Con esta institucion, pues, perderán las mugeres, por razon de que su autoridad no podria ser tan grande en la familia, ni podrian ellas recibir iguales obsequios de sus esposos, y finalmente porque se constituirian en una especie de humillacion, esclavitud y nulidad: he aquí el lado de un bien que produce un mal de consideracion. Los celos, envidias, discordias y una guerra perpétua serian el efecto ordinario de la cohabitacion de muchas esposas; y de aquí puede calcularse cual sería la educacion de los hijos á la vista de estas animosidades, cuanto en fin se disminuiria el amor de ellos para con sus padres: véase en esto un origen profundo de ignorancia y desmoralizacion. La sociedad sufriria por estas causas porque cuantos mas ignorantes y desmoralizados haya, tanto menos podrán conseguir su felicidad. Seria perjudicada tambien, porque se debilitaria la raza humana y en consecuencia naceria mayor número de hembras, y últimamente las costumbres de los hombres se formarían mas groseras y sus genios mas despóticos por la razon de que no tendrían que alagar mucho á aquellas para hacerse obsequiar: por otra parte el ejemplo de muchos pueblos orientales, donde se halla establecida ó tolerada la poligamia, no hace el caso entre nosotros. Compárese su clima, sus costumbres, sus necesidades físicas, su religion y su gobierno, con los nuestros, se verá que todo varía; circunstancias diversas exigirán pues leyes diversas.

Pero mucho mas perjudicial y rechazable es todavía la *poliandria* ó el casamiento de una muger con muchos mari-

dos. Ella en efecto se dirige á disminuir la poblacion por razon de que la comission impide la procreacion de la especie; haria que muchas mugeres quedasen privadas de maridos, puesto que no solo el número de los hombres no es mayor respecto de las mugeres, sino que por el contrario el de estas es superior; la paternidad de las proles seria incierta y de aquí su mala educacion; finalmente se establecerian entre los maridos debates continuos por el empeño de obtener la preferencia. Por el lado opuesto no encuentro ninguna razon en favor de la multiplicidad de esposos, y basta decir que apenas hay nacion que la haya adoptado en sus leyes.

En vista de lo dicho apenas hay necesidad de advertir que cuando se habla de la poligamia y poliandria se entiende hacer referencia de las que sean simultáneas, y no de los casos en que un hombre se casa con una segunda muger despues de la muerte de la primera; ó una muger con un segundo marido despues de la muerte de aquel. En ambos cesan todas las razones que hemos propuesto para establecer las prohibiciones: al contrario ocurren las de aumento de placeres y ayudan para los mismos esposos sobrevivientes, y las de utilidad de los hijos que hubiere, en cunato podrán ser criados y educados mejor. Así no hay nada que oponer en este punto al uso y costumbre generalmente recibida.

DIVORCIO.

Otra cuestion mucho mas difícil que las dos precedentes se nos presenta, á saber: la utilidad del divorcio y la perpetuidad del matrimonio, materia sobre la cual se ha hablado y discutido mucho. A pesar de tantos debates, las opiniones no están

todavía acordes sobre ella, y hombres ilustrados y amantes de la verdad, se esfuerzan en sostener sus diversas doctrinas con razones de mucho peso por uno y otro lado. Por mi parte no me propongo cansar al lector con largas esplicaciones; porque nunca ha sido mi ánimo hacerlo así; pero el asunto es tan delicado, que me veré obligado á estenderme algun tanto: en cosas de tal interés no es vituperable alguna detencion. Y desde luego advierto que no haré mas que esponer los fundamentos de una y otra opinion, dejando al criterio de cada uno formar el concepto que le parezca. Algo temo que apenas se empieza á leer este capítulo, no se quiera continuar su lectura, diciéndose por algunos que su doctrina es peligrosa, y por otros, que aunque fuera segura, es impracticable en el estado de luces y costumbres del dia. A los primeros trataré de contestar y quitar sus escrúpulos algo mas adelante, y les pido que por de pronto suspendan su juicio; diré á los segundos, que por mas que sea fundada su reflexion, no es este un motivo para que yo deje de esponer mi opinion en cuanto me permitan las leyes. En efecto, la filosofia no se limita á los tiempos; ella habla en todas las épocas al entendimiento de los hombres; y no se fatiga de cualquiera resistencia que encuentre delante de sí: por lo mismo faltaria seguramente á mi deber si sin presentar aquí algunas reflexiones, pasase adelante en silencio.

No considerando el matrimonio mas que como mero contrato, y despojándolo de las demás relaciones, parece que habiamos de decir que hallándose reconocida como útil la separacion voluntaria que dos contratantes hacen despues de haber celebrado un convenio, tambien debería establecerse este mismo respec-

to de aquel. Pero en la union conyugal hay otras consideraciones diversas, y que por lo mismo parece que exigen tambien reglas de otro orden. Ya se sabe cuan fugaz por lo ordinario es la hermosura de una muger, no solo porque la misma edad es causa suficiente de su deterioro, sino tambien porque los embarazos, los partos y los trabajos de crianza, le hacen un estrago terrible. Tiene por consiguiente una desigualdad grande, respecto del marido, el cual libre de estos azotes, y mas fuerte que ella aun físicamente, podrá algunas veces pensar en los medios de separarla de su compañía y obtener un consentimiento que solo seria aparente. En tal caso bien se puede calcular si ella conseguirá su felicidad. Además ocurre otra reflexion de mucho peso, el interés de los hijos, y parece muy conforme á él, la indisolubilidad del matrimonio, sin la cual la crianza, la educacion, el acomodo y la instruccion, no podrán ser tan buenas. Así podemos decir que por mas que la facultad de divorciar sea útil al marido, no lo es en general á la muger é hijos; que por lo mismo la perpetuidad del conyugio es una combinacion natural, y el divorcio un recurso verdaderamente sensible.

Mas aunque las ventajas que el matrimonio de por vida presenta; sean en general efectivas, y éste parezca el mas conveniente al bien de la muger y de los hijos; considerandolo como contrato podrán no obstante ocurrir casos excepcionales, en que tanto aquella como éstos reciban utilidad de la separacion. Entonces lo primero, que es una suposicion legal, se falsifica, y destruidos los fundamentos del razonamiento debe variar tambien la disposicion. Esto resultará seguramente toda vez que exista entre los esposos una incompatibilidad tal de

humor, costumbres, ideas é inclinaciones que lleguen á aborrecerse, formar antipatías y causar graves disturbios en la familia. El infierno ha de ser semejante á una casa de esta especie, dice Salas; y si bien la comparacion no debe ser muy exacta, á lo menos esta espresion esplica el grado de trastorno y agitacion que reina cuando dos casados se propasan á tales excesos, siendo así que debieran ser el modelo de la virtud. ¿Qué bienes resultarán al marido, á la muger, á los hijos y á la sociedad entera de la continuacion forzada de este matrimonio? Ninguno seguramente. Al contrario, los esposos que no pueden llenar sus placeres en él, los buscarán en otra parte con grave perjuicio suyo y de los hijos, éstos, además de los daños pecuniarios, sufrirán los de la educacion y moralidad á la vista de ejemplo tan perverso, y la sociedad perderá por esto y por la falta de procreacion, que pudiera tener lugar verificado un nuevo casamiento de aquellos.

Pueden señalarse tambien otros casos en que el divorcio parece conveniente, á saber: cuando el uno de los esposos ofende al otro atrozmente en su honor faltando á una de las condiciones primarias del matrimonio, v. gr. porque la muger comete adulterio, ó porque el marido tiene una concubina en su propia casa. ¿Qué acto mas injurioso puede cometer un esposo contra el otro? ¿Qué puede causar consecuencias mas funestas en la familia? Pues la reparacion del honor, la tranquilidad doméstica y el ejemplo, exige que el cónyuge inocente sea facultado para repudiar al delincuente: es un delito conyugal que debe ser castigado dentro del mismo matrimonio. Igualmente puede darse este derecho cuando cualquiera de los esposos comete ó perpetra algun crimen enorme, sea á-

cia el otro esposo, sea ácia un extraño. En medio de estos desgraciados sucesos, el divorcio es un remedio que el legislador debe conceder con sentimiento; pero que es necesario para evitar otros males mayores; así como cuando uno se deja cortar un brazo á fin de impedir que se gangrene todo el cuerpo y perezca. ¿Qué podrá hacer el legislador que no sea esto? ¿Les amonestará la concordia? Es un consejo excelente, pero ineficaz. ¿Les forzará á la cohabitacion? Dificil es conseguirlo; pero aunque se verifique, su presencia no servirá mas que para irritarlos y exaltarlos. ¿Les impondrá alguna pena sino hacen buena vida maridable? Esto seria un precepto cruel y bárbaro, pues siempre lo será tal el tratar de obligar que se amen dos personas que se aborrecen y están en disposicion de maltratarse. El amor es un acto que depende de sola la voluntad, y ni la ley, ni el magistrado tienen poder sobre ella. No; en los casos dados de disturbios conyugales, no pueden concluirse éstos, si no es separando las personas, y esta separacion, por mas que nos digan sus enemigos, lejos de desmoralizar ó corromper las costumbres, las repone y mantiene puras. Para lo contrario deberian probarnos que mas escándalo causan dos personas que tranquila y pacíficamente se dedican á sus ocupaciones, que las que pasan el dia en contiínuas y peligrosas reyertas, las que guardan el debido decoro, que las que están maldiciéndose; las que se abstienen de ultrajes reales, que las que llegan á las manos. En fin, seria preciso hacernos ver que una disposicion que se dirige á evitar males mayores y mas graves merece la nota de inmoral, lo que seguramente no será posible. Si pues mientras los esposos se ódian, de nada

sirven los empeños de la ley para que se amen; si desde entonces el matrimonio no existe de hecho, y si tales ventajas resultan del divorcio: ¿podrá ella ser tan dura y obstinada, que á pesar de eso quiera mantenerlos en la union corporal que abrazaron? No: el legislador no se dirige á ángeles, sino á hombres, es decir, tiene negocios con séres llenos de debilidades y pasiones, y seria seguramente desconocerlas no condescender con ellas, y al contrario, obrar en sus disposiciones como si estuviesen dotados de una sublime virtud.

Aquí es donde se detiene mi doctrina en materia de divorcio; pero no hallo prudente conceder esta facultad á la mera voluntad mútua de los esposos. En efecto, si el divorcio es en sí un mal y tiene por objeto evitar las consecuencias funestas á que se esponen los casados que se aborrecen, parece que no debiera darse lugar á él cuando éstas no se hagan temer; porque entonces se crearia el mal consiguiente á la separacion, sin obtener el bien á que ella da lugar en los casos antes mencionados. Así el matrimonio no debe guiarse por las reglas de las sociedades mercantiles, cuya disolucion por consentimiento mútuo, es una indicacion de su utilidad: aquí hay intereses de familia que es menester tener siempre presentes, y es seguramente contra éstos un caprichoso divorcio. Es indudable que los hijos no recibirian una educacion tan buena, ni que podrian esperar bienes tan cuantiosos cuando sus padres se separan, que cuando permanecen unidos. Pero se dirá acaso que supuesto que se exigen unas desavenencias ó disturbios graves entre los casados para que el divorcio tenga lugar, se suscitarán de propósito desde que les venga la gana de separarse; de que resultará tambien que si v. gr.

ofendiendo el marido á la muger por medio de palabras, ella sufre y calla sin pedir la separacion, se propondrá aquel á maltratarla. No debe desconocerse en verdad la fuerza de esta reflexion; ¿pero no vé cualquiera que un marido que comete semejante vileza, no era aun desde un principio capaz de hacer la felicidad de su muger y familia, y que el romper la union corporal no es un gran mal? En lo demas puede tambien atajarse este inconveniente por otros medios indirectos. Puede prohibirse al esposo díscolo ó delincuente que da causa al divorcio, el uso de algunos derechos sociales, sea indefinidamente ó por cierto tiempo; puede obligársele á ciertas indemnizaciones; puede cargársele con la alimentacion de los hijos. Estas medidas servirán sin duda de freno á tales excesos.

Sin embargo, el divorcio por consentimiento recíproco estuvo en uso entre los judíos, griegos, romanos y otros pueblos de la antigüedad; fué adoptado tambien por el código de Napoleon si bien rodeado de precauciones; y aunque abolido en el año de 1816, acaba de ser propuesto por tercera vez en la cámara de diputados de Francia, despues de haber sido desechado en dos ocasiones por la de los pares. Pueden leerse con fruto las discusiones que mediaron en esta nacion al adoptarse este principio, y los discursos que se han pronunciado en pro y en contra, especialmente el informe de Mr. Odillon Barrot; puede verse tambien á Jeremías Bentham en sus Tratados de legislacion civil y penal. La cuestion es tan delicada, que nunca se estudiará demasiado para proferir sobre ella cualquiera opinion; pero lo dicho será en mi concepto suficiente para poner al lector en estado de discurrir.

Aun reducida esta doctrina de divor-

cio á los casos propuestos, no faltarán seguramente quienes la hallen alarmante. ¡Qué absurdo! dirá alguno. ¡Qué heregía! exclamará otro. Y este pretendido absurdo y heregía se querrá probar por el evangelio, por la opinion de los padres de la Iglesia, por la consideracion de ser el matrimonio un sacramento, en fin, por el concilio de Trento. Pero al paso que yo doy toda la fuerza que merecen á estos argumentos, me será permitido sin duda hacer algunas reflexiones sobre el particular, aunque con desconfianza: no hablaré en esto de memoria, pues me referiré á lo que han dicho varones doctos y virtuosos, y el que procede de esta manera, debe estar exento de tales imputaciones ajenas de sus sentimientos. Por otra parte, el deseo de que se dilucide materia tan importante, es lo que me anima á proponer la cuestion esponiendo los fundamentos en pro y en contra, y sin que por esto se entienda que yo defiendo el sentir de los que están por la disolubilidad del matrimonio; pues para mí es muy respetable la práctica establecida por la Iglesia; y además, confieso francamente el temor que tengo de errar por mis cortas luces. Los lectores, pues, clasificarán los fundamentos que voy á esponer.

Es indudable que por la ley de Moysés los divorcios eran permitidos, y que verificados ellos podian los cónyuges contraer nuevo matrimonio. "Si algun hombre tomare muger, y no la encontrare gracia á causa de alguna fealdad, repúdiela y échela de casa, pero no podrá el primer marido recibirla por muger." Deuter. 24. Tal fué la costumbre observada por mucho tiempo entre los hebreos, los cuales admitian el divorcio, no solo por defectos físicos, sino que tambien por razon de adulterio y otras causas, y esto se consideró como lícito, en virtud

de dispensa de Dios, pues que ni los profetas lo reprendian. Mas vino despues Cristo, y preguntado por los fariseos cuándo podria el marido repudiar á su muger, les contestó: *"no separe el hombre lo que Dios unió... Moysés os permitió dimitir vuestras mugeres por la dureza de vuestro corazon; pero desde el principio no fué así. Os digo, pues, que cualquiera que repudiare á su muger, á no ser por la fornicacion, y se casare con otra, peca; y el que se casare con la repudiada, peca."* Math. XIX. 8.

Aquí tenemos, pues, aprobada por el mismo Jesucristo, una de las causas de divorcio propuestas precedentemente, á saber, el adulterio. Que éste diese lugar, no solo á una mera separacion de cuerpos llamada *quoad horum*, sino que tambien obrando la disolucion del vínculo matrimonial, facultase á nuevas nupcias, es opinion de algunos autores quienes dicen que era una doctrina recibida de los judíos, que la separacion por las espresadas causas rompía el vínculo del matrimonio, y á Jesucristo solo le pudieron preguntar cuáles de ellas causaban este efecto: la respuesta de éste debió ser congruente, y por lo mismo ella, reducida á que peca el que repudia á su muger, á no ser por la fornicacion, da á entender que ésta da facultad para una disolucion completa. Este sentido se corrobora tambien por la espresion del mismo testo Y SI SE CASARE CON OTRA, pues se vé que solo hablaba de los casos en que el divorcio se verificaba de esta manera, mediante á que solo entonces podian los divorciados contraer segundo matrimonio. Pero en fin, véamos cómo se interpretó antiguamente este testo, que es el mejor modo de averiguar la verdad. Lactancio, Epifanio, Basilio y otros padres de la Iglesia, manifiestan la opinion

de que por el adulterio se rompa totalmente el mismo vínculo conyugal; al contrario, Orígenes, San Gerónimo, Inocencio I y San Agustín, que solo dan á este delito el efecto de una separacion parcial, esto es, en cuanto á la cohabitacion. En medio de esta variedad de sentencias parece que la primera fué adoptada por la Iglesia, á lo menos se vé que algunos concilios hicieron sus declaraciones conforme á ella, y no solo concedian las segundas nupcias por la espresada causa de adulterio, sino tambien por otras que impidieron el uso corporal del matrimonio; lo cual sin duda era mas, puesto que en la respuesta del Señor solo se habia exceptuado la fornicacion. Las leyes civiles de los príncipes cristianos concedieron igualmente nuevo matrimonio despues del divorcio causado por el adulterio, y aun en el dia esto mismo se observa en la Iglesia de Oriente.

No es tan fácil al parecer conciliar con la doctrina evangélica la posibilidad de repudiar al cónyuge y contraer otro enlace, por razones distintas de la mencionada precedentemente. Sin embargo, se vé que por fornicacion se entendió, no solamente el adulterio, sino tambien cualquier otro delito opuesto al fin que se propone el matrimonio, y que esta inteligencia se dió tanto por la autoridad temporal, como por la misma Iglesia, puesto que se arreglaron á ella en sus decisiones. Así lo hicieron los emperadores Teodosio, Valentiniano, Anastasio y Justiniano, que determinaron las causas por las que podia verificarse el divorcio, cuando antes de ello habia lugar á él, aun por voluntad de uno de los cónyuges. Tenemos espresadas en la novela 117 las que el último estableció, y consisten todas en faltas ó delitos, sea contra los esposos, sea contra el Estado: las mas de ellas son

en mi concepto bastante bien fundadas, y el lector podrá consultarlas. De la misma manera procedió la Iglesia, pues concedió el divorcio y la celebracion de otro matrimonio por varias causas. El papa Gregorio II respondió que era lícito al marido tomar otra muger, si aquella con quien se casare, siendo inficionada de alguna enfermedad, resultase inútil para el uso del matrimonio: igualmente el sínodo de Compiègne del año de 757, permite al hombre leproso dar licencia á su muger para que pueda tomar otro marido. [Cavalario, comp. instit. jur. canon. part. II, cap. 23, nota b.] Todo esto parece probar que era una inteligencia comun el que la palabra fornicacion significaba algo mas que el mero adulterio, y por lo mismo no se sospechaba fuese opuesto al evangelio conceder el divorcio por los espresados motivos. De otra suerte, ¿cómo hubieran obrado contra él príncipes tan cristianos, papas y concilios tan respetables?

Por fin, andando el tiempo prevaleció en la Iglesia occidental la doctrina contraria de reputarse absolutamente indisoluble el matrimonio, de modo que ni aun por el adulterio se concediesen nuevas nupcias. A ella sin duda debe su origen la opinion de San Agustín y Santo Tomás, que pensaron así fundados en que el matrimonio es un sacramento y un signo de la union entre Cristo y su Iglesia, por razon del amor que éstos se han de profesar perpétuamente; pero si en lugar de amarse los esposos se odian y están en una guerra continua ¿cómo se han de dar iguales reglas para estados tan distintos?

Sea lo que fuere, el hecho es que esta doctrina se generalizó en la Iglesia, y á su tenor el concilio de Trento en la sesion XXIV de sacrament. matrimonii cán.

VII anatematiza á los que digan que la Iglesia yerra cuando enseña, que, segun la doctrina evangélica y apostólica, no puede disolverse el vínculo del matrimonio por el adulterio de uno de los cónyuges. Mas no faltan intérpretes que hayan asegurado que no fuese la mente de los padres tridentinos condenar la misma doctrina de que podia disolverse por el adulterio el vínculo conyugal, sino que mas bien se dirigia contra los que acusaban á la Iglesia de error, y que no se encuentra en este cánón ninguna prohibicion de segundas nupcias despues del adulterio, ni anatema contra los que digan que mediando éste se rompe el enlace matrimonial; pues solo reprende á los que arguyan de error á la Iglesia, á la manera que cuando un hijo echa en cara á su padre alguna falta, le castiga por su atrevimiento, sea ó no cierta ella. Tales, repito, la interpretacion que le dan algunos canonistas, añadiendo que se hizo esta redaccion por haber intervenido los legados venetos (Cavalario en el cap. cit., y Selvagio instit. canon. lib. II, tit. X). A esta misma ciencia los induce la diversidad marcada de esplicacion que se encuentra en este cánón VII y los anteriores por una parte, y su conformidad con el inmediato por otra. Aquellos se dirigen contra los que digan que se puede hacer tal ó cual cosa, y por lo mismo condenan y prohiben lo contenido en ellos; pero éstos van contra los que digan que la Iglesia yerra en lo que espresan, y no contra la misma doctrina que encierran: esta esplicacion tan distinta está indicando tambien un pensamiento diverso. Pero la concordancia del cánón VIII con el VII parece que hace ver aun mas claramente esta interpretacion. Aquel anatematiza á los que dijeren que la Iglesia yerra cuando establece que la separacion

en cuanto al lecho puede hacerse por muchas causas entre los cónyuges; mas no condena la misma doctrina de que el apartamiento de los esposos pueda tener lugar por muchas causas. Por consiguiente, estando redactados estos dos cánones en un estilo tan diferente de los demás, no pueden menos de entenderse ambos en el mismo sentido. Tales son las razones en que se apoyan los que sostienen la disolubilidad del matrimonio en cuanto al vínculo; los lectores en su vista podrán clasificarlas.

FORMAS.

El haberse considerado el matrimonio como un mero contrato, ha hecho sin duda que se establezca la máxima de que tambien queda perfecto desde que dos declaran ante el párroco su determinacion de recibirse por esposos. Pero no ha ocurrido á la memoria que si bien es cierto el principio de que un contrato se perfecciona por la manifestacion de la voluntad, no lo es menos que las mismas leyes que así lo establecen, exigen para su validacion la aptitud legal de los contrayentes, y algunas veces ciertas solemnidades que acompañen al acto. Tal sucede en esta materia. La ley requiere de los que tratan de casarse varias condiciones, como edad, potencia física, consentimiento paterno, si son menores, y además algunas formalidades, tales como las amonestaciones públicas y la bendicion sacerdotal. Pero todo este aparato seria inútil y ridículo si se pudiese hollarlo completamente, como sucederia dando al acto celebrado sin él, la misma eficacia que si se hiciese con él. ¿De qué sirven entonces los preceptos soberanos si cualquiera puede hacer una mofa de ellos? Aprobar, pues, la misma ley este proce-

der, es sobremanera chocante y contradictorio consigo mismo.

Pero calculemos las consecuencias que pueden resultar de semejante conducta. Dos jóvenes enamorados, á quienes sus padres ó dendos no prestan su consentimiento, porque vén con ojos imparciales que su enlace no ha de hacer su felicidad, contrajeran un matrimonio perjudicial para ellos, para la familia y para el estado. El tiempo demostrará si se quiere la justicia de la resistencia paterna; pero ya no habrá remedio de los efectos fatales de una union inconducente. No han dejado de ocurrir de tiempo en tiempo ejemplos desgraciados de esta clase de enlaces con menosprecio de las leyes y ofensa de la moral pública. Por otra parte, uno puede estar comprometido formalmente para casarse con otra; puede existir entre los que contraen así el enlace algun impedimento legítimo que les haga incapaces para él: si pues se verifica sin proceder las amonestaciones, se burlará en el primer caso de la palabra dada, y en el segundo se cometerá un acto ilegal que pudo haberse remediado. Además conviene distinguir de la manera mas formal posible el matrimonio y el concubinato: como se sabe el carácter del primero es la publicidad, el del segundo el secreto; y si no se da lugar á ella, ¿cómo separarlos?

Por evitar, pues, estos inconvenientes convendria, en mi concepto, no considerar por acto válido y eficaz la manifestacion de la voluntad de los novios, siempre que además no hayan llenado todos los requisitos y solemnidades exigidas por la ley. Entre éstas se halla tambien la bendicion sacerdotal; ella hará seguramente el acto formal, pero no parece esencial para su constitucion, esto es, que se requiera como condicion sine qua non.

La intervencion del cura al tiempo de la celebracion, bastará sin duda para darle el concepto elevado y religioso que merece, en lo demás parece bien el que se elija el templo del Señor por lugar donde se haya de hacer la espresada denunciacion pública, y que ésta se verifique al tiempo de la misa mayor parroquial, porque además de lograrse así mejor publicidad, esto concurre á santificar el acto.

Las disposiciones contenidas sobre las proclamas, sus dispensas y oposiciones son sencillas y poco tengo que advertir sobre ellas. Solo diré, que cuando intervienen tres de aquellas, al público se instruye bastante del matrimonio intentado, y si alguno tiene causa legítima para impedirlo, bien puede alegarlo durante este tiempo. Por lo mismo seria de desear que concluida la última, solo se esperase lo preciso y nada mas, v. g., se pudiera adoptar que desde el medio dia pudiesen ya casarse. En cuanto á la instruccion que yo quisiera diese el párroco á los novios, no deberia limitarse á lo que generalmente sucede, pues apenas se reduce ésta á leer la epístola de San Pablo, que no entienden, y á aconsejar despues á la muger la obediencia al marido, y á ambos la fidelidad. ¿No seria útil formar manuales de las disposiciones que pudieran interesar á los casados, v. g., de las obligaciones recíprocas entre marido y muger, de las que tratan de dotes, donaciones y sucesiones, y darlos á lo menos á los que sepan leer? Este seria uno de los medios para hacer una publicacion de las leyes é instruirlos de los derechos y obligaciones con que entran en el nuevo estado.

INCAPACIDADES.

Vamos ahora á recorrer las incapacidades legales para el matrimonio. Así co-

sacerdotes, sino tambien los mismos obispos. Así refiere Sócrates el escolástico en su historia diciendo; "muchos de ellos aun en tiempo de su obispado, procrearon hijos de legítimo conyungio" Igualmente consta que habiendo tratado Pynito, obispo de Creta, de prescribir á sus clérigos el celibato, le aconsejó Dionisio de Corinto "no impusiese como precepto la grave carga de la castidad, sino que tuviese consideracion con aquella enfermedad de que adolecen los mas hombres."

Así siguieron las cosas hasta el fin del siglo IV, en cuyo tiempo se trató en la Iglesia occidental de separar de sus mugeres á los clérigos, ó á lo menos de que se abstuviesen de su uso. Por esto el papa san Siricio, que vivió en esta época, se quejaba de que en España muchos sacerdotes y diáconos procreaban hijos de sus propias mugeres, y les mandó que se contuviesen de ellas, imponiendo la privacion de los honores eclesiásticos á los que adelante se encontrasen así. Sin embargo, es menester tener presente que ya estaba prescrita en España la continencia de los clérigos, pues el sínodo de Lérida lo mandó así, no solo respecto de los obispos, presbíteros y diáconos, sino tambien respecto de los demás clérigos constituidos en ministerio. De su expresion *in totum* se viene en conocimiento de que la prohibicion se limitaba antes al tiempo de la celebracion de los misterios sagrados (Cavalario, comp. inst. canonic, part. I, cap. 36, § 56, nota 6). Esta disciplina fué corroborada despues por varios papas y concilios y tuvo lugar por entonces en dicha Iglesia; mas no así en la oriental. En ésta continuaron los sacerdotes y obispos teniendo comercio con sus mugeres, hasta que el emperador Justiniano mandó que aquellos solamente fuesen promovidos al obispado que no

tuviesen hijos, nietos ni mugeres, ó que á lo menos no hiciesen uso de ellas. Esta disposicion fué confirmada por el sínodo Trulano, y es la que se observa allí aun hoy dia. Pero despues del siglo IX se relajó esta disciplina de la Iglesia occidental á causa de la irrupcion de los bárbaros, la ignorancia de los clérigos y corrupcion de las costumbres; y por ello no solo vivian con mugeres recibidas antes de su ordenacion, sino aun despues de ésta se propasaron á casarse.

Tales abusos no subsistieron por largo tiempo en la Iglesia. Ya desde el siglo XI los romanos pontífices y obispos trataron de reparar la disciplina y de sujetar á los clérigos á la continencia. Aquellos y diversos concilios establecieron contra los incontinentes varias penas, tales como deposicion, degradacion, privacion de bienes y pérdida de la inmunidad eclesiástica y del privilegio del fuero, con lo cual y el ejemplo de virtuosos prelados llegaron á obtener el resultado que se deseaba. La misma via siguió el sínodo tridentino: en la sesion XXIII cap. XIII se manda que se administre la orden mayor á los que esperen que puedan contenerse; con lo que no se estableció, á lo menos con toda claridad, el que solo se admitan los solteros, pues tambien un casado puede esperar contenerse. Aun mas, parece que el requisito de la esperanza de la continencia no es una condicion de efectiva continencia, porque ella puede frustrarse con el tiempo. Esto mismo se corrobora por el cap. VI de la misma sesion, que respecto de los clérigos casados quiere se guarde la constitucion de Bonifacio VIII que empieza: *Clerici qui cum unicus*, que se reduce á restituir á aquellos, siempre que no sean bigamos, el privilegio del cánón y del fuero. Los padres tridentinos suponian pues la existencia de

clérigos casados; y no exigen para que gocen de sus inmunidades mas circunstancias que las de servicio, hábito clerical y tonsura. El primer concilio mexicano en los caps. 51 y 54, prohibe que los ordenados *in sacris* tengan concubinas ú otras mugeres sospechosas, y que en general no acompañen á ninguna, ni las tomen de la mano; y el tercer concilio § 4, lib. 3, tit. 5 les prohibe los juegos con mugeres aunque sean ocultos. Tal es el estado actual: el lector hará en su vista las reflexiones que guste.

Despues de esto poco tenemos que advertir acerca de la incapacidad impuesta á los que han profesado la religion monástica. Es sabido que los frailes y monjas, mediante la profesion solemne que hacen, renuncian al mundo, á la propiedad y aun á su libertad; no se ignora tampoco que entre los votos que emiten se halla tambien el de la castidad; por lo mismo, es muy conforme á las reglas de su instituto su inhabilidad para el matrimonio. Así en el dia, la profesion religiosa está declarada como impedimento dirimente.

El matrimonio, entre ciertos allegados, ofrece tambien inconvenientes, tanto en el órden físico como en el moral, y por lo mismo conviene prohibirlo siempre que esto suceda. Pero no debe fundarse esta prohibicion con razones tomadas del derecho natural ó de la aversion natural que se tiene hácia estos enlaces: si ella existe es inútil impedirlos, porque nadie se casará; pero el hecho solo de establecer aquella, prueba que esta repugnancia no ocurre siempre. ¿No se han visto sino en tiempos antiguos y modernos uniones de esta especie? ¿No se vé en el dia comunmente que el mismo papa las dispensa? Sin embargo, es claro que ni ellas se solicitarian si la naturaleza se opusie-

se á su celebracion, ni aquel se propasaria á dispensar una ley que no admite dispensa.

Desde luego ocurren contra el matrimonio entre ascendientes y descendientes, razones de mucho peso y que abogan por una prohibicion general y completa. Primeramente: es de temer que el ascendiente abuse de su autoridad, para obligar á una jóven descendiente á contraer una union que tal vez detesta; y si acaso no pudiese reducirla, á lo menos la desviará por cuantos medios estén á su alcance, de cualquier otro acomodo que se le pueda presentar. Segundo: los matrimonios de estas personas siempre serán irregulares, porque se hallarán en una edad desproporcionada; y como hay un peligro de violencia directa ó indirecta, resulta que ellos dificilmente serán felices, y que tampoco podrán producir buenos frutos para la sociedad. Tercero: se confundirian las relaciones de los individuos de una familia, pues un ascendiente siempre debe atraer el respeto, veneracion y obediencia de los descendientes; pero como en el matrimonio existe igualdad entre esposos, y aun antes de celebrarlo puede haber esperanzas de verificarlo, desaparecerán aquellos útiles deberes.

Parece que estos inconvenientes no se hallan en tanto grado entre los parientes colaterales. Sin embargo, seria peligroso dar libertad á un hermano y hermana, no solo porque se invierte así el órden de relaciones domésticas, sino tambien porque tales ejemplos destruirian la seguridad de la virginidad de las jóvenes, circunstancia que influye poderosamente para un buen acomodo. Pero en fin, en mi concepto, rara vez podrán tener lugar semejantes enlaces. Mas difícil de resolver es la cuestion de si convendrá permitir el casamiento á uno con la hermana de su

muger difunta. La razon reprobante, como dice Jeremías Bentham, es el peligro de rivalidad de las dos hermanas, porque no hay duda que mientras haya esperanzas de poder contraer el matrimonio algun dia, podrá el cuñado prestar mas obsequios á la cuñada: la razon justificativa será el bien de los hijos; porque es claro que una tia será mejor madrastra que una muger estraña. Pero tal vez el peligro de la rivalidad de las dos hermanas, no es tan grande como se puede figurar, á lo menos de una rivalidad fundada; porque supuesto que el marido hizo eleccion de su muger de entre dos ó mas hermanas solteras, esto prueba que ella le agradó mas que las otras. Por otro lado, si se alega en favor de la prohibicion, la mayor frecuencia de ocasiones que tendrán el marido y la cuñada, diré, que acaso esto mismo será motivo para que se miren con mas indiferencia, porque se sabe que el amor es causado generalmente por una novedad ó ilusion, y que ésta va desapareciendo con el trato frecuente. Mas aun cuando estas reflexiones no tuvieran la fuerza que yo les doy, se vé sin embargo que no hay una poderosa razon para prohibir absolutamente estos enlaces. Así, supuesto que el bien de los hijos será reclamando la libertad de verificarlo, podria á lo menos adoptarse el medio de conceder una dispensa cuando existan razones, y de negarla siempre que no haya motivos fundados. De esta manera, los celos que pueda tener la esposa, se moderarán con el recuerdo de que si acaso se casare su hermana con su marido, los hijos tendrán por madre á una persona que procurará su bienestar. En fin, si aun esto se temiese, se podria establecer como se ha establecido, un parentesco sujeto á una dispensa, que se concederia cuando para ello hubiese causas graves.

A esto deberian limitarse en mi concepto las incapacidades legales del matrimonio, pues yo no veo qué razones puede haber para estenderlas mas allá; ¿Qué inconveniente hay para que se casen, por ejemplo, dos primos? ¿Se temerá el abuso de autoridad? Sin duda que no pues que no ejerce ninguno de ellos autoridad alguna sobre el otro. ¿Será irregular el enlace? Tampoco; porque es de suponer que se hallen en edades proporcionadas. ¿Se confundirán las relaciones domésticas? Mucho menos; porque cuando solteros son iguales y quedan en la misma categoría despues de casados. ¿La esperanza de unirse les inducirá á actos ilícitos? No es creible; pero en fin, aunque esto pueda suceder alguna vez, no es razon para prohibir su alianza: si ella prevaleciese, tambien la amistad de dos estraños deberia ser motivo para inhabilitarla. En consecuencia, en mi opinion el impedimento de los primos, como el de los ulteriores grados colaterales, es sin ninguna utilidad; y ya se sabe que crear incapacidades, sin provecho, es una medida poco conforme á la filosofia.

Respecto del parentesco civil y espiritual, es decir, del que se supone contraer por la adopcion, bautismo y confirmacion, podrá dudarse en establecer incapacidades. La primera era un medio de adquirir la patria potestad, y se imaginaba existir entre la persona adoptante y adoptada un parentesco tan legítimo como el verdadero natural, á cuya consecuencia le atribuian igualmente este efecto; pero como yo no admito semejante parentesco, segun lo diré despues, tambien deberia ser inadmisibile el impedimento por este lado. Sea de ello lo que quiera: una vez que se apruebe la adopcion, yo no me opondré á que se impida al adoptante casarse con la adoptada ó

viceversa; pues ya se sabe que generalmente aquella tiene lugar entre personas desiguales en medios de fortuna, y podría temerse que el primero abusase de su superioridad para obligar á la ahijada al matrimonio. Pero en tal caso no debería estenderse la incapacidad fuera de estas personas.

En cuanto á la cognacion espiritual no debo entretenerme mucho, puesto que la Iglesia la ha establecido por un verdadero impedimento canónico. Sin embargo, observaré que en mi concepto se espone algunas veces perezca un niño sin que se le administre la agua del bautismo. Supongamos que una criatura recién nacida se halle en extremo peligro, y que no haya presente mas que una persona que por razon de interés le vendria bien casarse con el tiempo con ella; ¿no es esponearse á que deje de suministrar aquella, pues vé que si llega á vivir no podrá llevar adelante sus miras? Pero la prohibicion es todavía mayor; porque llega aun respecto de los padres del que así administrare la agua, y no se vé un motivo poderoso para ello. Otro tanto digo de la prohibicion entre padrinos y bautizados; pues muchos que se prestarian á esta ceremonia religiosa, se retraerian de ella por la misma consideracion: creer lo contrario es exigir demasiado de los hombres. Mas lo que yo no puedo comprender es, porque se ha llevado el impedimento hasta los padres del bautizado ó confirmado respecto de los padrinos. Sin duda se ha dicho que por el bautismo y confirmacion renace la criatura para la Iglesia de Dios, y que para con ésta los padres espirituales son los mismos padrinos; pero si éstos se hacen padres, los verdaderos no lo serán seguramente, pues no puede haber dos; y entonces ¿cómo hemos de suponer parentesco entre padrinos y pa-

dres carnales del bautizado ó confirmado? De todos modos me parece que es llevar las cosas á un extremo.

El conyugicidio y adulterio son delitos muy graves, y su castigo pertenece verdaderamente al código penal: sin embargo, si la ley civil puede contribuir á impedirlos indirectamente será una medida buena. Tal me parece la de incapacitar para el matrimonio al matador del cónyuge por una parte, y al adúltero con la adúltera por otra, cuando alguno de ellos tiene complicidad en la muerte de aquel. El primero, por mas que no haya cometido su delito por estar amancebado y con el objeto determinado de casarse con alguna, es reconocido como indigno del honor matrimonial; y prohibirle contraerlo es tratar de evitar la repeticion de semejante atentado. Pero en fin perseguido por la justicia difícilmente podrá tener comodidad para realizarlo, ni le será fácil hallar quien quiera unirse con él. Respecto del segundo tambien es un buen medio para impedir este delito el quitar toda esperanza de poder casarse despues de la muerte de la esposa ó del esposo.

Tambien la disparidad de culto es en el dia un impedimento dirimente para el matrimonio, cuando ella es entre un bautizado y otro que no lo es. Aunque semejantes enlaces eran antiguamente prohibidos é ilícitos subsistian sin embargo como válidos, si bien los contrayentes estaban obligados á hacer penitencia; así es que Santa Mónica y Santa Clotilde se casaron con infieles, y ellos se tuvieron por verdaderos esposos. Despues se declararon nulos estos matrimonios, y los que se celebrasen entre un fiel y un hereje; mas éstos en el dia entre los latinos, aunque ilícitos, quedan subsistentes, si bien tienen que acudir al papa en obcion de la vénia. En lo demás, sabidas son

las razones en que se han fundado estas prohibiciones, el peligro de la perversion del cónyuge fiel y de los hijos que pudiesen tener.

La última incapacidad es la impotencia para procrear. Como el matrimonio tiene por objeto la procreacion de los hijos, se vé desde luego que éste no puede conseguirse mientras uno de los casados sea físicamente impotente para el coito carnal. ¿Qué sería de una familia donde uno de los cónyuges hallase en el otro tal impedimento? Es claro; no pudiendo satisfacer en el matrimonio las necesidades naturales, se buscará para ello un amigo ó amiga respectivo que haga realmente de esposo ó esposa: he aquí un mal ejemplo para las costumbres públicas. ¿Y qué puede contener en esto á la muger, cuando el marido es el impotente? Es tocada en lo mas delicado de su vanidad, pues queda manchada con la nota fea de estéril, ¿y se dudará que no querrá limpiarla, por mas que por otra parte incurra en la de adúltera? He aquí pues que hijos adulterinos usurpan la propiedad aiena consagrando un delito grave. ¡El deseo de borrar el deshonor; la ansia de perpetuar la generacion! que tentaciones tan criminales se pueden presentar á ciertas imaginaciones exaltadas. Tal vez estas observaciones son algo exageradas; tal vez los casos en que tiene lugar este engaño son raros, pues pocos querrán esponerse á sus resultados; pero al fin la cosa es posible y bueno es que la ley la prevea.

Sin embargo, desde luego concibo un caso en que á mi entender seria injusto prohibir el matrimonio de un impotente, que es cuando el otro lo fuese tambien. Entonces cesan los inconvenientes que he espuesto, y aunque sin duda no se conseguiria el fin principal del matrimonio;

ó la procreacion, seria una buena hermandad en la que podrian consolarse, ayudarse mutuamente, y en suma atender á las demás necesidades de la vida.

Como se vé, hasta ahora hablo del caso en que la impotencia de uno de los esposos es anterior al matrimonio; ¿pero cuando ésta resulta por algun acaso despues de contraido será eficaz? Segun entiendo las mismas razones que median para su prohibicion, cuando la incapacidad es anterior, tambien ocurren cuando es posterior; por lo mismo parece que una misma disposicion debe rejir á los dos casos, y por consiguiente estenderse la reprobacion en el propuesto. Pero suponiendo no hacerlo así, ¿no debería á lo menos conceder al cónyuge sano la facultad de divorcio? Me parece que una desgracia semejante no es un motivo suficiente para un acto tan grave. El divorcio es siempre un mal, pero un mal que se hace para evitar otros mayores, y aquí no se vé que las razones del repudio sean tan fuertes, que sobrepujen á las del mantenimiento del matrimonio: al contrario el bien de los hijos, objeto digno de ser favorecido, recomienda esta última medida. El lector discurrirá en vista de lo que he espuesto antes hablando del divorcio.

DISPENSAS.

Si el principio de la utilidad, examinado maduramente, hubiera sido bien aplicado para establecer las incapacidades matrimoniales, no hubiera habido necesidad, ó tal vez no seria acertado, admitir dispensaciones á no ser en casos muy raros. Pero aquí sucede lo que con las leyes penales, pues el resultado ordinario de éstas, cuando son demasiado duras, es que no se ejecutan, sea porque los jueces tienen repugnancia en aplicarlas

literalmente, sea porque se da lugar á gracias, conmutaciones ó moderaciones. Es indudable que nuestras leyes restringen demasiado la facultad de contraer los matrimonios; se ha conocido esta restriccion; y ha obligado á admitir dispensas, como una suavizacion de la dureza de aquellas. A la verdad esto es un bien, porque al fin pueden casarse, aunque con muchas dificultades, dos personas cuyo enlace está prohibido en general; pero mejor seria sin duda dar una franca libertad: á lo menos no se veria entonces el inconveniente de tener á la ley continuamente en inaccion.

En el dia el papa concede algunas dispensas matrimoniales, y otras el arzobispo ó vicario capitular in sede vacante, cuyas concesiones suelen tardar algun tiempo y cuestan bastante dinero, segun sea la mayor ó menor proximidad del parentesco. Pero antiguamente no sucedia así; porque los príncipes seculares usaron del derecho, tanto de establecer, como de alzar los impedimentos; de manera que en aquellos tiempos no era disputable la facultad que ellos ejercian en esta materia. He dicho precedentemente que en mi concepto no debiera darse lugar á estas dispensaciones sino en casos muy raros; mas cuando éstas se admitiesen seria sin duda mas cómodo el que nuestros soberanos volviesen á usar de esta regalía, y no seria tampoco ninguna heregía el que procurasen reintegrarse de ella.

Consta de mil lugares y autoridades nada sospechosas que ellos ejercieron y tenian derecho de ejercer este atributo precioso. El P. Tomás Sanchez en su tratado del matrimonio dice: „No obsta á la potestad del príncipe secular el que el matrimonio sea sacramento. Su materia es de contrato civil, por lo que puede anularlo como si no fuese sacra-

mento, haciendo á las personas inhábiles para contraer un contrato ilegítimo y nulo.” Santo Tomás enseña igualmente que: „El matrimonio como contrato civil instituido por el bien de la sociedad se halla sujeto á la ordenacion de la ley civil.” Y el P. Cristiano Lupo refiere que: „Antiguamente el príncipe lego, así como establecia los impedimentos del matrimonio, así tambien los dispensaba. . . y esto se observó por mucho tiempo en el Occidente.” Esto mismo consta del código Teodosiano en la ley única *si nuptiae ex rescripto petantur*. Parece que en España estuvo tambien en uso esta doctrina, pues así se infiere de varias leyes del Fuero Juzgo y entre otras claramente de la L. I, tit. V, lib. III, como igualmente de las del Fuero Real, y aun si hemos de dar crédito al P. Juan de Mariana, no se habia introducido hasta el año 1111 la dispensacion papal. En la historia de este reino, hablando del casamiento de Don Alonso rey de Aragon con Doña Urraca, dice: „No estaba aun por este tiempo introducida la costumbre que por dispensacion de los papas se pudiesen casar los deudos.” Por todo esto me parece que la duda no puede ser de si los reyes tuvieron derecho de establecer y levantar impedimentos, sino la de averiguar si á pesar de que no han hecho uso de él en tantos años pueden pretender la restitution. Los publicistas decidirán esta cuestion, yo me abstengo de resolverla aquí.

SEPARACION.

Se supone la indisolubilidad del matrimonio en cuanto á su vínculo una vez de contraído, y por lo mismo se hace inútil siempre que el principio contrario sea adoptado. Mas si aquella tuviese lugar, la ley obrará perfectamente en señalar casos en que los cónyuges pue-

dan vivir separados, de esta manera se evitarán á lo menos los peligros de la cohabitacion. Obsérvese si no que los motivos que causan esta separacion son las desavenencias entre esposos, desavenencias mediando las cuales lejos de poder esperaase de ellas algun bien, su misma seguridad y sosiego exigen la adopcion de esta medida. He aquí, pues, que los mismos partidarios de la indisolubilidad reconocen la necesidad de disolver, si no el lazo matrimonial, á lo menos sí la union que abrazaron: no hay mas diferencia entre ellos y los de parecer contrario que la de que en el un caso se puede pasar á contraer nuevas nupcias, y en el otro no. ¿Pero por ventura gana algo la familia y la sociedad de que esposos así divididos vivan precisamente en el celibato? Parece, pues, que el mal no está en el nuevo matrimonio, sino en la causa que da lugar á la desunion, pues que se casen ó no, ni por eso dejará de haber discordias, ni la familia padecerá menos. Al contrario una vez verificada la separacion, el matrimonio acaso podria ser de utilidad. Claro es que el hombre que desea tener muger, la hallará aun fuera de la ley, pues en lugar de esposa vivirá con una amiga ó manceba que haga veces de tal; y sin duda que esto será mas perjudicial á los intereses de los mismos cónyuges y de la familia. ¿Y la moral pública ganará algo con este ejemplo? No se ha reflexionado lo bastante sobre esto. Sin embargo vuelvo á decir que deben respetarse las disposiciones de la Iglesia. Lo dicho antes acerca del divorcio me dispensa de estenderme mas sobre este particular.

La enfermedad no es causa suficiente para que el cónyuge sano se separe de la cohabitacion del otro, cuya disposicion me parece justa. En efecto, cuando

dos se casan, no solo se proponen ó tienen por objeto disfrutar de los placeres que presta el matrimonio, sino tambien el de ayudarse recíprocamente, y servir de consuelo en las desgracias que á cada cual le pueden sobrevenir. Así el enlace se verifica por aumentar placeres y juntamente por disminuir penas tan naturales y frecuentes á la humanidad. Por lo mismo seria ir contra el fin del matrimonio y tratar de engañar á los casados, si por una enfermedad, que le acaeciera á uno de ellos, pudiese abandonarle apartándose de su compañía y cohabitacion el otro, esto haria incierta la suerte de los esposos, y la espondria á fatales consecuencias. Pero en fin, ó los cónyuges se tienen afecto y se aman verdaderamente, ó no; en el primer caso no pensarán seguramente en la separacion; en el segundo, por mas que se les obligue á permanecer en compañía, no será posible prestar su ayuda, y en tal estado es lo mismo que si estuviesen separados. Por este lado la disposicion parece inútil: no obstante, creo muy bueno que la ley se presente en todas las ocasiones con el carácter de moralidad, y entiendo que aquí nos ofrece un ejemplo de esto.

La jurisdiccion eclesiástica entiende exclusivamente de la validacion, impedimentos y separacion del matrimonio; pero parece que antiguamente no fué así. En mas de los primeros seis siglos la Iglesia limitó su intervencion á sola la consideracion de sacramento, y la potestad secular arreglaba todo lo que concernia á la parte de contrato, impedimentos, grados de parentesco, dispensas y demás anexo á él. La Iglesia fué estendiendo poco á poco su jurisdiccion y conocimiento en estas materias matrimoniales por tolerancia ó consentimiento tácito de los soberanos, y ya despues del siglo XI se

consideró ella con derecho esclusivo para arreglarlas. Así la razon de sacramento atrajo la razon de contrato civil, y es como se sigue hasta ahora. Ya apenas le queda á la potestad civil mas intervencion que en cuanto á si el disenso paterno es racional ó no; pues aun en los depósitos de las hijas de familia por opresion y para averiguar su voluntad entiende el juez eclesiástico, cuando haya empezado á conocer acerca del cumplimiento de los esponsales, y tal incidente sobrevenga despues. Sin embargo, no deja de ser extraño el que la Iglesia haya abarcado el conocimiento de éstos; porque si su derecho se funda en la religion del sacramento, claro es que ellos no se revisten de este carácter sagrado hasta el momento en que se contrae el matrimonio; ó lo que es lo mismo, los esponsales no son mas que un mero contrato, y el sacramento se verifica en el matrimonio. En esta conformidad parece que la potestad eclesiástica no debería conocer de lo perteneciente á los esponsales; pero se observa lo contrario.

DERECHO DE LOS ESPOSOS.

Despues de haber constituido el matrimonio pasamos á recorrer los derechos y obligaciones provenientes de él. El matrimonio es un estado en que, así como todos los demás, cada persona que lo compone, esto es marido y muger, tiene derechos y derechos recíprocos: estas relaciones las debe señalar claramente la ley sin descansar en el derecho natural; porque aunque obligatorio en conciencia, no está sujeto á una observancia forzada. Por otra parte ¿todos los hombres están acordes sobre los mandatos naturales? ¿Lo están todos acerca de su estension?

El primer deber que se impone á los

casados es el de la fidelidad matrimonial, y en efecto si algo puede hacer la felicidad de un matrimonio, es la confianza que se tienen los cónyuges de que no han de faltar á la palabra que se han dado al contraerlo. ¿Qué disgustos, qué motivos de enemistades y ódios no resultan de la infidelidad de un casado? Pero si es un pecado grave en el marido ¿cuánto mayor no será respecto de la muger? Fuera de los males que acabo de esponer, hijos concebidos en un delito atroz reciben por premio de la maldad de sus padres una herencia, unos derechos que usurpan á sus legítimos herederos? ¿Con qué afecto los han de recibir éstos en su compañía? ¿No se les ha de representar como un acto loable conspirar contra sus usurpadores? El adulterio pues, por todos respectos, sea por parte del marido, y mas particularmente por parte de la muger, es un delito que las leyes deben castigar; mas basta indicar aquí la obligacion, por que lo demás es objeto de la ley penal, de la cual no trato ahora.

Justo es tambien que se imponga á los casados el deber de socorrerse mutuamente en sus necesidades. Un matrimonio es una sociedad en la que no solo se trata de aumentar ú obtener placeres, sino tambien de evitar penas; además en ella tal vez se mira mas al estado futuro, á aquella edad avanzada en que se necesita del auxilio de otro, que á las circunstancias presentes. Pero los socorros del marido y de la muger parece que deben ser distintos; pues dotados de diversas facultades seria una contradiccion con la naturaleza imponer en esta parte unos mismos deberes: así creo que los del primero deben estenderse á cuanto exige fuerza é inteligencia, y los de la segunda limitarse al interior de la familia.

Sin duda que los cónyuges se enlazan

con el objeto de gozarse y procrear hijos, y será faltar á la primera condicion del matrimonio empeñarse uno de ellos en negar el coito carnal, cuando por otro lado no tenga algun inconveniente fisico. Esto á la verdad no es frecuente; pero se ven algunos ejemplos cuando llegan á desaficionarse. ¿Mas como sujetar á precepto el acto que debe dimanar de la mayor libertad? ¿Y para qué prescribirlo si hay mútua voluntad? Así la ley que exige la cópula es inútil, si los esposos están dispuestos para ella, é impracticable si no lo están.

Siendo el matrimonio una sociedad que se compone no solo de marido y muger, sino que tambien se agregan á ella los hijos, criados, esto es, toda la familia, es indispensable que haya en ella una cabeza ó autoridad que la diriga y mande en caso necesario. Conforme á esto se establece bien la superioridad en favor del esposo. En efecto; por mas que supongamos unos mismos intereses entre los cónyuges; por mas que se profesen un buen afecto; podrá haber no obstante entre ellos diversidad de opiniones en muchas cosas; y entonces ¿qué se ha de hacer? ¿Se ha de recurrir á la fuerza? Esto es impropio é inadmisibile en el órden legal. Evítese, pues, tal conflicto y establézcase un superior para estos casos. ¿Pero á quién conviene dar esta prerogativa, al marido ó á la muger? No dudaré en concederla al primero. Y por qué? La razon es obvia: porque el hombre por sus facultades fisicas é intelectuales es mas apto que la muger para ejercerla. En efecto, el varon es superior en fuerza y corage, y por lo mismo mas á propósito para hacerse respetar de la familia y defenderla: así el dejar á ésta la superioridad ¿no seria formar una sociedad en que se esponia á que el súbdito

se sublevase continuamente contra la autoridad? Por otra parte el hombre, sea por su naturaleza ó sea por su educacion, tiene mas luces y mas esperiencia que la muger, y por consiguiente los negocios irán mejor manejados en sus manos. Esto no es decir que todos los hombres sean superiores á las mugeres en fuerza é instruccion; ocurren á la verdad casos contrarios; pero como no es lo comun, la ley hace perfectamente en arreglarse á los hechos generales. Mas ya que el marido ejerce esta direccion doméstica, justo es tambien que él mismo provea á la familia de todo lo necesario, sea de alimentos y vestidos, como tambien de lo que sea necesario para obtener una educacion correspondiente á su clase.

Al mismo tiempo es menester tratar de desterrar el despotismo doméstico. Así el que la autoridad del marido se dirija á proteger y atender á la familia y no á tropellarla, es una máxima excelente y digna de que los maridos la tengan siempre presente. La muger se entrega al marido por hacer su felicidad y no por esclavitud, ambos son compañeros de sus desgracias ó fortuna, ambos iguales, y por decirlo así una misma persona, y solamente por dirigir los negocios de la familia se le concede alguna preeminencia. Sin embargo, en muchas naciones orientales aun en el dia usan los maridos, no solo el derecho de direccion, sino tambien un verdadero imperio; pero su causa principal tal vez será la poligamia, insostenible sin el despotismo. Entre los antiguos romanos esto mismo se observaba, cuando el matrimonio se verificaba con la *inmanum conventio*; pues suponian que la muger se hacia entonces hija de familia, y que en consecuencia entraba en las obligaciones de tal, y adquiria del

mismo modo los derechos pertenecientes á ellas. Pero ya hoy dia no es tiempo de ficciones, ni se vé por ningun lado la utilidad de semejante abyeccion para el bello sexo. Al contrario, una libertad razonable contribuirá á su instruccion y á la de los hijos; hará mas agradable su existencia y suavizará las costumbres de los hombres.

Como consecuencia de esta superioridad directa del marido, es que él ejerza todos los actos civiles, tanto con respecto á sus bienes privativos y comunes, como en euanto á los de la muger. Ya he manifestado las razones que hay para esto. El marido tiene mas luces, mas instruccion, mas esperiencia, y por lo mismo se cree que obrará mejor que la muger: además de esto, generalmente la adquisicion de bienes se debe mas al trabajo de aquel que al de ésta, y puesto que el gobierno no debe dividirse, la ley no puede menos que encomendárselo á él. Sin embargo, esto no es querer separar á la muger de los asuntos que interesan á la familia, ni el privarla del conocimiento de ellos: tal medida tenderia á establecer un despotismo que yo deseo desterrar de la sociedad conyugal; y así lo que trato es, que cuando las opiniones de los casados se hallaren encontradas, prevalezca la del marido. Pero no hay duda que los negocios serán mejor gobernados cuando intervienen el mútuo consentimiento de ambos; porque á la verdad, la muger podrá algunas veces ilustrar ó dar algun consejo útil. Por esto y por las consideraciones de aprecio que se deben dos esposos, seria bueno introducir una disposicion que obligase al marido á pedir consejo á la muger en los asuntos graves de la familia, tales como para la enagenacion de bienes raices, casamiento de los hijos, préstamo de cantidades y señalamiento de dotes.

TOM. I.

En las mismas razones en que acabo de fundarme para conceder al marido la inspeccion y gobierno de los negocios domésticos, se funda tambien la disposicion que niega á la muger la facultad de celebrar por sí aquellos actos. Si se diese lugar á esto, ¿no seria esponerse á que marido y muger deshiciesen recíprocamente lo que uno hubiese hecho? Sin embargo, como por aceptar la muger una herencia bajo inventario no resulta ninguno de estos inconvenientes, ni se espone ella á perjudicarse, no puede oponerse á que haga esto aun sin intervencion del marido.

Se concede al juez la facultad de autorizar á la muger para que los actos antes mencionados los ejecute, cuando el marido se niega á ello, sin motivo racional; y esta doctrina me parece justa. En efecto, aunque los intereses de la familia recomiendan dejar al marido la direccion de los asuntos de ella, tambien los mismos y su bienestar exigen que la autoridad de éste no degeneren en un despotismo. Pero no basta anunciar esta máxima; es necesario que la ley tome medidas para conseguirlo. Así cuando un marido brutal, ignorante, terco ó mal intencionado se empeña en hacer alguna cosa de que ha de redundar un grave perjuicio, es muy justo que se conceda á la muger el derecho de acudir al juez, á fin de que éste impida verificar lo que sea tan contrario á los intereses de la familia. Sin embargo, la muger no deberia acudir con ligereza á este remedio, ni el juez usarlo sino en los casos en que los perjuicios que se alegan sean verdaderamente grandes. Con la excesiva libertad ó esperanza dada á las mugeres, se podrán alterar con mas frecuencia la tranquilidad y placeres domésticos; y seguramente que éstos serán muchas veces de mayor precio

que algun aumento de bienes. Además, que se cause cierto miedo al marido á fin con el inmoderado uso que el juez haga de de que sea algun tanto moderado. En lo este derecho se perderia el respeto y auto- demás no se puede menos de aprobar el ridad que siempre debe tener un marido, que se recurra á la justicia en los casos de ausencia del marido, siempre que re- de realizar un proyecto útil, por no espo- sulte algun daño de la tardanza y con tal narse á que su muger lo impidiese. Así que no se haga esto por eludir la ley. De resulta que el juez vaya á mezclarse en lo contrario es claro que la muger no po- los asuntos domésticos, y en limitar la- dria celebrar los contratos útiles que se libertad de los particulares: este es un le pudieren ofrecer en el intermedio de grave inconveniente á que rara vez de- su vuelta. be darse lugar; y en esta materia basta

TITULO 3.º

De los bienes dotales,

CAPITULO I.

DE LA CONSTITUCION DE LA DOTE, DE LAS PERSONAS OBLIGADAS A DOTAR Y DE LOS DERECHOS QUE ADQUIERE EL MARIDO EN LOS BIENES DOTALES.

1. Definicion de la dote, y de cuántas clases son los bienes dotales.
2. La dote puede constituirse, ya puramente, ya bajo condicion, y á los plazos que se estipulen.
3. Siendo huérfana y menor la muger, y raices los bienes dotales, deberá intervenir licencia judicial para su entrega.
4. ¿A quién corresponde la obligacion de dotar?
5. Los padres no pueden mejorar, dar ni prometer á sus hijas por razon de casamiento tercio ni quinto de sus bienes.
6. hasta el 12. La dote debe pagarse de los bienes gananciales, si los hubiere, y en el caso contrario, de cuáles ha de satisfacerse segun los diferentes casos que allí se espresan?
13. La dote, ya sea dada en los gananciales, ya de otros bienes, no debe esceder al valor de la legítima.
14. ¿Cuándo se transfiere al marido el dominio natural y civil de los bienes dotales?
15. Si la muger enagenare los bienes dotales con licencia de su marido, y recibiere el precio dado por ellos, no tiene derecho á reclamar despues el valor de dichos bienes.
16. ¿Qué deberá pedir el que da ó recibe la dote apreciada si se sintiere agraviado de este aprecio?
17. ¿Qué deberá hacer la muger cuando conoce que su marido disipa ó desfalca la dote?
18. Durante el matrimonio pertenecen al marido los frutos de la dote.
19. La muger pierde la dote por delito de adulterio.
20. y 21. De la dote que el marido confiesa haber recibido, sin que por otra parte conste su entrega; y de los efectos que produce esta confesion.
22. Los bienes del marido están sujetos á la responsabilidad de la dote como tambien los del que da ó promete la dote para su entrega.

1. Así como el marido suele llevar á la sociedad conyugal un capital suyo; acerca del lo cual se formaliza la correspondiente escritura, así tambien la mu-

ger puede meter en la misma sociedad conyugal los que tuviere; y de ellos voy á tratar, empezando por los dotales.

Dote es lo que en dinero, alhajas ú otros bienes da la muger al marido, ú otro en nombre de ella, para ayudar á sostener con sus frutos ó productos las cargas del matrimonio. Estos bienes en que consiste la dote son de dos clases, *adventicios y profecticios*: adventicios se llaman los que entrega al marido la muger misma, ó su madre, tío, primo ó pariente por línea materna ó algun extraño en su nombre; ó bien los que la muger adquiere con su industria antes de casarse, ó los que la da algun extraño. Son adventicios porque no provienen del padre, abuelo ni otro ascendiente por esta línea.

Profecticios se denominan los que le da su padre ú otro pariente por línea paterna, ó algun extraño, por respeto y atencion á aquel [1].

2. La dote puede constituirse y aumentarse, así antes como despues de contraer matrimonio; ya puramente, ya bajo condicion, y á los plazos que se estipulen, debiendo observarse los pactos que imponga el que la diere, con tal que no sean opuestos al derecho y buenas costumbres. Y si el novio recibiere antes de casarse algunos bienes fructíferos de la novia, aprovechándose de ellos, sin darla de vestir, ni alimentos, ni otra cosa, el importe de sus frutos se tiene por aumento del dote [2].

3. Siendo huérfana y menor la muger, y los bienes dotales raices, deberá intervenir licencia judicial para su entrega, pues no basta la del curador; pero si los bienes fueren de otra clase, bastará la autorizacion de éste [3].

4. Es propia y peculiar del padre la obligacion de dotar, así á su hija legítima, como á la que solo es natural, pues tambien á ésta le debe dar alimentos: por consiguiente puede obligársele á cumplir tan justa obligacion [1]. Lo mismo se entiende respecto del abuelo en el caso en que por derecho esté obligado á dotar á la nieta, que es cuando ella no tiene bienes propios [2]. La madre no está obligada á dotar á sus hijas de sus propios bienes, ya sean dotales, ya parafernales [3]; y por consiguiente si ejerciendo el cargo de curadora de su hija la dotare, se entiende que lo hace de los bienes propios de ésta; lo mismo debe decirse de la abuela que es tutora ó curadora de su nieta, y administra sus bienes. El padrastro no tiene obligacion de dotar á la hijastra, ni el hermano á la hermana; por consiguiente cuando lo hacen teniendo bienes de ella, ó en comun *pro indiviso*, se entiende que es de los bienes pertenecientes á la misma, y no de los suyos propios; porque nunca se presume donacion.

5. Los padres no pueden mejorar, dar ni prometer á sus hijas por razon de dote ni casamiento, tercio ni quinto de sus bienes, ni otra cosa alguna, ni se entiende que son mejoradas por ninguna especie de contrato entre vivos [4]. En la misma ley citada al pié en apoyo de esto, se prescribe la cantidad que puede darse en dote, segun las facultades del dotante.

6. La dote debe pagarse de los bienes gananciales, si los hubiere; y no habiéndolos, si el padre y la madre juntamente hubieren ofrecido la dote, la satisfacerán por mitad de sus bienes patri-

[1] Ley 2, tit. 11, part. 4.

[2] Leyes 1, 10, 11, 13 y 30, tit. 11, part. 4.

[3] Ley 14, tit. 11, part. 4.

[1] Ley 8, tit. 11 y 5, tit. 19, part. 4.

[2] Ley 8, tit. 11, part. 4.

[3] Ley 9, tit. 11, part. 4.

[4] Ley 6, tit. 3, lib. 10, N. R.

moniales; pero si uno solo hiciere la oferta ó promesa, éste será el que haya de entregarla por entero [1]. No teniendo la madre obligacion de dotar á su hija cuando no media promesa de su parte, segun he espresado, puede pactar que si el padre falleciere, y no hubiere gananciales, se entienda no haber dotado ni prometido cosa alguna á su hija; pues si no lo estipula así, percibirá ésta además de la legítima paterna, la mitad de la dote en cuenta de la materna, careciendo por consiguiente la madre de esta parte durante su vida. Cuando no hay gananciales en el matrimonio, y el padre promete simplemente dote á su hija legítima, se presume prometérsela de sus propios bienes, aunque administre y tenga en su poder bienes adventicios de ella. Lo mismo se entenderá aun cuando proteste que la dota de éstos, y no de los suyos; porque tal protesta no lo exime de la obligacion que le impone el derecho cuando tiene facultades para dotarla; pero se entiende lo contrario cuando la hija no es legítima (2).

7 Si el padre habiendo casado una hija y dándole cierta dote, casase otra y la ofreciere tambien dote, se debe conceptuar ésta dotada en los términos que aquella, por cuanto se presume que quiso guardar igualdad entre las hermanas; bien que puede, si quiere, dar á una hija en dote mas que á la otra, con tal que no esceda la dada á aquella, mas de lo que deba corresponderle por su legítima paterna; y finalmente no está obligado á dar en dote todo lo que la ley permite, sino á guardar los límites que prefija el derecho en la dotacion de las hijas.

8. Aun cuando solo el padre dote á

la hija ó haga donacion *propter nuptias* al hijo durante el matrimonio, se deberán pagar de los gananciales, no obstante que la madre deje de cooperar á eso ó prestar su consentimiento; pues la ley le autoriza para ello, aun cuando en dicha dote ó donacion se consuman los gananciales que entonces haya, siempre que no escedan aquellas á la legítima que les pueda tocar y no en otra forma.

9. No tiene la muger facultad para prometer dote á su hija y pagarla de los gananciales, porque la ley le prohíbe hacer toda especie de contrato (1); además de lo cual, dispondria de lo que no es suyo, privando al marido con esto de los frutos que le están concedidos para sostener las cargas del matrimonio. No obstante, si el padre no quisiere casar á la hija, siendo ésta mayor de veinticinco años, ó si aun no teniendo esta edad se la proporcionase un novio correspondiente á su clase, y el padre resistiere tambien el casamiento, podrá la madre dotarla con licencia del juez y conocimiento de causa; y lo mismo se entenderá cuando el padre está ausente, y no se espera su pronto regreso.

10. Si despues de haber prometido cierta dote á su hija el marido y la muger juntos, renunciara ésta los gananciales, se pagará dicha dote de éstos; y si no bastaren para completarla, deberá suplirse lo que falte de los bienes propios de ambos, á pesar de la renuncia; porque por la promesa hecha con anterioridad quedó eficazmente obligada la madre en los mismos términos que su marido á la entrega de su parte, pues á ello le obliga la ley 53 de Toro que corrige el derecho antiguo.

11. Si el marido y la muger habitaren en un pueblo en que no se comunican los

[1] Ley 4, tit. 3, lib. 10, N. R.

[2] Ley 8, tit. 11, part. 4.

[1] Ley 11, tit. 1, lib. 10, N. R.

gananciales, puede ella repetir de su esposo lo que prometió juntamente con él á la hija por via de dote, aunque no lo haya prometido (1); á menos que sea rica, y la conste que su marido no puede satisfacer todo lo que ofreció; pues en tal caso se presume que quiso obligarse á suplir la falta con sus propios bienes.

12. Se ha de satisfacer tambien de los gananciales la dote que el padre cuando viudo hubiere ofrecido á su hija, y la donacion *propter nuptias* hecha al hijo; porque la carga de dotar como débito causado y contraído durante el matrimonio, sigue á los gananciales adquiridos en él; y lo mismo se entiende respecto de la madre viuda dotante.

13. La dote ya sea dada de los gananciales ya de otros bienes de los padres, no debe esceder del valor de la legítima que por cada uno puede corresponder á la hija, á causa de que ésta no puede ser mejorada por razon de dote ni casamiento, como ya espresé.

14. En dos casos se transfiere al marido el dominio natural y civil de los bienes dotales: 1.º Cuando la dote consiste en bienes muebles, que se consumen con el uso, y son los que se cuentan, miden y pesan, ó dinero: 2.º Cuando aunque sean de otra clase quedan valuados con estimacion que causa venta, esto es, cuando se entregan al marido como vendidos por el precio en que se valúan; y en ambos casos puede disponer de los bienes dotales como de los propios, siendo de su cuenta el deterioro ó aumento que tuviesen (2). Pero cuando los bienes dotales son inmuebles ó el marido

los recibe sin apreciar, ó con estimacion que no cause venta, esto es, que se hace solo para que conste el valor de ellos; pertenece á la muger el dominio natural, y por consiguiente su aumento ó deterioro; y el marido tendrá solamente el dominio civil, que es la administracion y el usufructo de ellos: no pudiendo por consiguiente enagenarlos ni hipotecarlos, á menos que ella dé su permiso jurado (1) concurriendo al otorgamiento del contrato, y haciendo la renuncia que se espresará en su lugar correspondiente, donde se harán algunas prevenciones generales sobre el modo y requisitos necesarios para contraer y obligarse las mugeres.

15. Aunque la muger consienta y dé su permiso jurado para la enagenacion de los bienes dotales no estimados hecha por su marido segun dije anteriormente, debe satisfacerla el valor de ellos, disuelto el matrimonio; pero si celebrare el contrato por sí sola con la licencia de su marido, y recibiere el precio, no tiene derecho á que se le satisfaga despues el valor de dichos bienes; porque cuando precede por su hecho propio como principal y única otorgante, y el marido no concurre al contrato ni ejerce otro oficio que el de darle la licencia, ninguna ley la favorece, y sí solo cuando es fiadora de él ó de otro, ó lo otorga con él de mancomun.

16. Si el que da ó recibe la dote apreciada, se sintiere agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio ó lesion en cualquier cantidad que sea, aun cuando no esceda ni llegue á la mitad del justo precio; privilegio concedido al contrato dotal en favor de la dote (2); y la accion de repetir el engaño se prescribe mientras no llega el caso de

[1] Ley 61 de Toro.

[2] Esto se entiende verificándose el matrimonio; porque si no tuviere efecto, aunque los bienes dotales estén en poder del novio, toca á la novia el deterioro ó aumento de ellos. Leyes 7, 18 y 21, tít. 11, part. 4.

[1] Ley 7, tít. 11, part. 4.

[2] Ley 16, tít. 11, part. 4.

la restitucion, á menos que al tiempo de constituir la dote se renuncie; porque la ley no ha prefijado término para ello.

17. Si la muger conociere que su marido disipa ó desfalca su dote, y que viene á pobreza por culpa suya, puede pedir judicialmente que se la entregue, ó afiance su responsabilidad, ó que se deposite en persona lega y abonada, y se le acuda con sus frutos para alimentos, á lo que debe acceder el juez; mas no la compete esta accion, cuando el deterioro ó menoscabo, no procede de culpa del marido (1); bien que cuando este tiene otros acreedores, se le admite la demanda para que no pierda su dote.

18. Durante el matrimonio, pertenecen al marido los frutos de la dote de su muger, sea ó no estimada, con tal que concurren tres circunstancias: 1.ª que el matrimonio se haya celebrado en debida forma; 2.ª que el marido esté en posesion de la dote; 3.ª que soporte las cargas matrimoniales (2).

19. La muger pierde la dote por cometer el delito de adulterio, en cuyo caso la gana el marido en resarcimiento del agravio que le hizo su muger (3).

20. Hasta aquí se ha tratado de la dote real y efectiva ó numerada, que recibió el marido: pasemos á la confesada, esto es, á la que él mismo confiesa haber recibido sin que por otra parte conste su entrega. Esta confesion produce los efectos signientes. Si la confesion fuere hecha por el marido en testamento ó en otra última voluntad despues de contraido el matrimonio, y no constare de otro modo el recibo de la dote, no debe estimarse ésta como tal; porque dicha confesion nada prueba, y se considera solo

hecha con ánimo de donar á la muger su importe: por consiguiente se reputa meramente como un legado que solo se confirma con la muerte. Así pues, aunque dicha confesion sea jurada no perjudica á los acreedores del confitente en sus respectivos créditos, ni tampoco á los herederos legítimos de éste en sus legítimas; por lo cual solo tendrá cabida dicho legado en el quinto, habiendo hijos ú otros descendientes; que es de lo que puede disponer por las leyes 6 y 28 de Toro, como se dirá en el tratado de testamentos.

21. Si el marido hubiere hecho la referida confesion del recibo de dote por contrato entre vivos durante el matrimonio, sin constar por otra parte la entrega, tampoco le perjudica aquella aunque sea jurada, excepto en los cinco casos siguientes: 1.º habiendo renunciado la excepcion de no haberse hecho el pago ó la entrega: 2.º si aun cuando no hubiere hecho la renuncia, dejó pasar el tiempo de oponer dicha excepcion, que son dos años: 3.º si hubiere hecho la confesion despues de disuelto el matrimonio por muerte de la muger, pues en tal caso se presume hecha la confesion con ánimo de donar su importe á los herederos de ella: 4.º si hecha la confesion durante el matrimonio, se hallare la muger presente: 5.º si precediere promesa de dote, y despues confesare el marido haberla recibido. Sin embargo, aunque en estos casos perjudique al marido su confesion, si la hubiere hecho en fraude de sus acreedores, ó de las legítimas de sus herederos forzosos no prueba contra ellos.

22. Los bienes del marido están hipotecados tácitamente á la responsabilidad de la dote; y por esta hipoteca tácita es preferida en ciertos casos la muger á otros acreedores anteriores del marido, como se verá cuando se trate de las hi-

[1] Leyes 1, tit. 9, part. 3 y 29, tit. 11, part. 4

[2] Ley 25, tit. 11, part. 4

[3] Leyes 23, tit. 11, part. 4 y 15, tit. 17, part. 7.

potecas y del juicio de concurso de acreedores: por lo que dejando esta materia para otro lugar mas oportuno, paso á tratar de la restitucion de la dote.

CAPÍTULO II.

DE LA RESTITUCION DE LA DOTE.

1. Obligacion que tiene el marido de restituir la dote; puede hacer esta restitucion en vida.
2. Disuelto el matrimonio debe restituirse la dote á la muger, ó á quien represente sus acciones y derechos.
3. hasta el 6. Modo de hacer la restitucion segun la naturaleza de los bienes dotales.
7. ¿En qué casos corresponde al marido el deterioro ó la pérdida de los bienes dotales?
8. Si consistiendo la dote en créditos á favor de la muger, dejare éste de cobrarlos, ¿será responsable á la restitucion de la cantidad que importen dichos créditos?
9. Los gastos ocasionados para cobrar la dote que consiste en créditos deberá ser de cuenta de la muger ¿y por qué?
10. ¿Qué ha de tenerse por dote cuando ésta consista en pension, legado ánuo, ó renta de capital puesto en fondo vitálico?
11. Para la exaccion de la dote se ha de atender á la costumbre del lugar donde se hubiere celebrado el matrimonio.
12. Si el marido fuere pobre no se le ha de demandar por mas de lo que pueda restituir.
13. Demandada y perdida en juicio la dote ¿de quién será la responsabilidad?
14. No prescribe la accion de repetir la dote hasta la disolucion del matrimonio.
15. De la pena llamada arra que suele imponerse en la restitucion de la dote.

1. Siendo la dote un patrimonio propio de la muger, tiene el marido obligacion de restituírsela; y puede hacerlo en vida, sin que por efectuar la entrega pueda decirse que son defraudados sus hijos en los frutos dotales que percibiria su padre, á no haber hecho la restitucion; pues la ley no le obliga á conservar la dote en su poder, ni á adquirir frutos por custodiaria, si le incomoda su custodia y conservacion.

2. Disuelto el matrimonio, debe restituirse la dote á la muger, ó á quien represente sus acciones y derechos; á menos que hubiere dado la dote un estraño, con la condicion de que muriendo sin hijos la muger dotada, se le habia de devolver, ú otra cosa semejante; en cuyo caso debe observarse y cumplirse la condicion, pues el donante puede poner las que le parez-

ca al tiempo de hacer la donacion, con tal que sean posibles y honestas.

3. Acerca del modo de hacer la restitucion, debe atenderse á la naturaleza de los bienes dotales. Si éstos fueren de los que se consumen con el uso, ó se dan valuados al marido con estimacion que causa venta, como entonces se le traslada el dominio natural y civil de ellos, es solo deudor de la cantidad que importan, y no de los mismos bienes; á menos que en la escritura dotal se hubiese pactado otra cosa, pues entonces esto deberá cumplirse (1): por consiguiente, si el marido se hubiere obligado á restituir los mismos bienes, y hubieren perecido algunos, cumplirá con entregar otros equivalentes á justa tasacion; lo mismo sucederá con los

(1) Ley 1, tit. 1, lib. 16 N. R.

deteriorados, supliendo con otros el deterioro, sin que esté obligado á volver su estimacion en dinero, ni la muger tendrá accion á pedirlo.

4. Si los bienes dotales hubieren sido apreciados, no con aquella estimacion que causa venta, sino para que en todos tiempos conste su valor, y consistieren en número, peso ó medida, debe restituir otros tantos de la misma calidad, especie, peso, medida y número, ó el valor que tengan otros iguales, al tiempo que se disuelva el matrimonio; porque se le transfirió su dominio, no obstante la calidad del aprecio (1). Pero siendo de otra especie los bienes, ó consistiendo en ganado, pertenece á la muger el incremento ó deterioro que tuvieren; porque no se trasladó al marido el dominio natural de ellos, y así á falta de gananciales, no deberá ser responsable de tales bienes, probando no haber tenido culpa en su pérdida ó deterioro; pues si no lo prueba, estará obligado á reintegrar la pérdida ó el menoscabo.

5. Si el marido hubiere recibido los bienes dotales sin aprecio alguno, y fueren de los que consisten en número, peso y medida, le pertenece su incremento y deterioro, porque aun cuando no se hubiesen valuado, se le trasladó su dominio; pero en este caso debe restituir á su eleccion otro tanto en número, especie, medida, peso y calidad, ó el precio que tengan al tiempo de la disolucion del matrimonio, y no el que tenian al de su recibo y contrato matrimonial, ya valgan entonces mas ó menos (2), lo cual se entiende cuando se obligó en estos términos; pues si su obligacion se redujere á devolver otros tantos en número idénticos de la misma especie y bondad, debe-

rá cumplirla en razon de que los pactos nupciales deben observarse, no siendo opuestos á derecho y buenas costumbres. Si los bienes dotales entregados sin aprecio, no fueren de los que consisten en número, peso y medida, sino de otras clases, ó ganado no productivo, v. gr. mulas, toca á la muger su pérdida ó deterioro; y así no habiendo gananciales cumple el marido con entregar los existentes segun se hallen, y de los perdidos, consumidos ó menoscabados sin su culpa, no debe responder con su capital (1); pero habiendo gananciales se deducirá de éstos lo que valian, no como dote, sino como fondo puesto por la muger en sociedad (2). Si los ganados que formaban la dote en todo ó parte fueren productivos, v. gr. cabras, ovejas &c., deberá reemplazar el marido con los hijos ó crias que hubieren producido, otras tantas cabezas, como de sus madres perecieron (3). De estos ganados no apreciados que la muger llevó en dote ó heredó, si no hubiere crias, pero sí otros bienes gananciales, sacará el valor que tenian cuando murieron y no otras tantas cabezas; porque en las obligaciones de restituir la cosa, si ésta perece, sucede en su lugar la de restitution de interés, ó su estimacion.

6. Si el marido hubiere vendido los bienes dotales no estimados, para pagar deudas contraidas durante el matrimonio, no estará obligado á satisfacer mas que el precio de aquellos; pues no es poseedor de mala fé, en razon á que se le transfirió el dominio.

7. Generalmente corresponde al marido el deterioro ó la pérdida de los bienes dotales no estimados en los casos siguientes: 1. ° Cuando se prueba que pe-

(1) Ley 21, tít. 11, part. 4.

(2) Ley 21, tít. 11, part. 4.

(1) Leyes 18 y 21, tít. 11, part. 4.

(2) Ley penúltima, tít. 10, part. 5.

(3) Ley 21, tít. 11, part. 4.

recieron ó se deterioraron por su culpa (1):
 2. ° Cuando se obligó á satisfacerlos (2):
 3. ° Cuando fueron muebles que se vendieron ó se gastaron en el servicio de su casa, escusándose de comprar otros precisos para ella (3): 4. ° Cuando hay gananciales en el matrimonio, pues así como aumentándose el valor de los bienes, se divide como gananciales el aumento entre los consortes, del mismo modo si hubiere pérdidas debe deducirse de ellas, y esto menos tocará al marido en la particion.

8. Si la dote consistiere en créditos á favor de la muger, y el marido hubiere dejado de cobrarlos, no será éste responsable á la restitution de la cantidad que importen dichos créditos, cuando el deudor sea padre ú otro ascendiente de la muger; porque los yernos é hijos no deben estrechar judicialmente á sus suegros ó padres (4); pero siendo el deudor un extraño, deberá hacerse la distincion siguiente. Si la deuda fuere necesaria por proceder de venta ó empréstito de alguna finca ó alhaja de la muger, ó de contrato oneroso celebrado á favor de ella, estará obligado el marido á satisfacer íntegramente la deuda, si por su culpa ó negligencia se quedó sin cobrar (5). Si la deuda fuere voluntaria y consistiere en cosa cierta y determinada, incluyéndola como tal la muger en su dote, y fuere el marido negligente en cobrarla, dando lugar á que se imposibilite el cobro, estará obligado á satisfacerla de sus propios bienes á la muger; pero si la deuda voluntaria consistiere en cosa cierta, por ejemplo, cuando uno ofrece dar á la mu-

ger alguna cosa ó cantidad, diciendo al marido que le entregará lo que ofreció á la muger, sin designarlo, nada tiene que satisfacer (1).

9. Si para la dote que consiste toda ó parte en créditos, se ocasionaren gastos, deberán ser éstos de cuenta de la muger, y si no se la abonarán de los frutos dotales.

1. ° Porque esto se concede al marido para soportar las cargas matrimoniales, y así los hace suyos concurriendo las tres circunstancias que se especificaron anteriormente. 2. ° Porque la dote debe ser líquida y efectiva, y así es que habiendo lesion ó perjuicio en el aprecio ó tasacion de ella, debe deshacerse, como ya manifesté: por consiguiente desfalcándose la dote cuando se hacen gastos para cobrar las deudas, es claro que debe disminuirse aquella en lo que éstos importen, por no ser justo que el marido restituya una cantidad que no entró en su poder. 3. ° Porque las expensas necesarias hechas en la finca, son de cuenta de la muger, segun la ley (2), y puede el marido repetirlas. 4. ° Porque solo cuando hay culpa ó negligencia de parte del marido, se le imputa y carga la falta de cobranza; luego cuando hace gastos en pleitos ó diligencias dirigidas al cobro, no hay negligencia, y por consiguiente no deben aquellos cargársele. 5. ° Porque si el marido y la muger, teniendo deudas entre sí cuando se casan, deben pagarlas de su primitivo caudal, porque esto menos llevan al matrimonio, ¿qué razon de diferencia hay para que la muger no pague los gastos que en su utilidad hace el marido, y mas cuando si ella los hubiera hecho antes de casarse, disminuirían su patrimonio?

10. Si la dote que lleva la muger

(1) Ley 18 al fin, tít. 11, part. 4.

(2) Ley 18, tít. 11, part. 4 y 1, tít. 1, lib. 10. N. R.

(3) Gom. en la ley 50 de Toro.

(4) Ley 15, tít. 11, part. 4.

(5) Ley 15, tít. 11, part. 4.

(1) Dicha ley 18.

(2) Ley fin, tít. 11, part. 4.

consistiere como sucede á veces, en pension, legado ánuo, ó renta de capital puesto en fondo vitalicio, ó en otro modo semejante, la práctica es considerar como dote el importe de la renta de los diez primeros años siguientes al día de la celebración del matrimonio, haciendo capital de esto, y obligándose el marido á restituirlo á su muger ó á sus herederos, aunque ella no viva los diez años; pero si vive mas, hace suya la renta el marido; porque se contempla como fruto de la dote. Sin embargo, Febrero desaprueba esta práctica, y le parece mas equitativo que el marido se obligue, si quisiere, á responder del importe de los diez años en el caso que su muger los viva, ó menos si muere antes que se cumplan, deducidos los gastos de cobranza y tambien los réditos anuales al tres por ciento, que son realmente frutos y no capital de la dote. Si es usufructo de casa ú otro edificio, debe hacerse la misma regulacion, deduciendo la tercera parte de su producto por razon de reparos menores, huecos y malas pagas; y si el usufructo fuere de tierras, viñas ú olivares, debe observarse lo mismo, sin hacer mas deducion que los gastos de cobranza y réditos espresados. Si fuere empleo ú oficio perteneciente á la muger, que el marido debe servir, se considerará como dote la mitad de la renta de los diez años, y se le dejará la otra mitad por el trabajo personal de servirlo; pero si se estipula que muerta la muger, continúe el marido sirviéndole, entonces se tendrá por dote la renta íntegra de diez años.

11. Para la exaccion de la dote se ha de atender á la costumbre del lugar donde se hubiere celebrado el matrimonio, y no á la del domicilio del marido; no obstante, si el marido y la muger hubieren estipulado algo acerca de esto, deberá es-

tarse á este pacto y no á la costumbre (1).

12. Si el marido fuere pobre, le ha de dejar su muger ó los herederos de ésta con que alimentarse, no reconviniéndole ó demandándole en mas de lo que pueda restituir; pues él cumple con prestar caucion de pagar si viniere á mejor fortuna (2); y aunque este privilegio es personal, se estiende no obstante á sus hijos (3).

13. Si algun tercero demandare en juicio la dote y venciese, no habiendo sido apreciada, pertenece la pérdida á la muger: si fuere apreciada y despues de celebrado el casamiento la perdiere el marido en juicio, está obligada la muger á darle otra cosa equivalente á la dotal. Si el que da una cosa en dote, se obligare al saneamiento de ella, vencido el marido en juicio, deberá cumplir aquel dicha obligacion pero si no se obligare á ello, ó procediere de buena fé, cuando dió la cosa en dote, creyendo que era suya, no estará obligado al saneamiento, aunque sí, habiendo procedido con engaño ó de mala fé (4).

14. No prescribe la accion de repetir la dote hasta que se disuelve el matrimonio; sin embargo, cuando el marido la disipa, y la muger no usa del derecho que tiene para repetirla, se perjudica con este silencio y tácito consentimiento; pues si alguno adquiere los bienes dotalés ó parte de ellos, poseyéndolos por el tiempo que prescribe la ley, los perderia la muger por culpa suya (5).

15. El marido puede imponerse pena (la cual se llama arra), para que se le exija en el caso de no verificar la restitution de la dote segun está obligado, además de las costas que se causen en su

(1) Ley 24 y penúltima, tít. 11, part. 4.

(2) Ley última, tít. 11, part. 4.

(3) Ley última al fin, tít. 11, part. 4.

(4) Ley 22, tít. 11, part. 4.

(5) Ley 8, tít. 29, part. 3.

exaccion (1); pero esta pena y otra cualquiera que se ponga en los contratos no debe escocer del duplo, sin contar en ella su suerte principal, excepto en los censos (2). Si los esposos de futuro ú otro en su nombre pactaren esta pena para obligarse mas á la celebracion del matrimonio, aun cuando éste deje de verificarse por culpa de alguno, no puede obligársele á pagar dicha pena, por la razon que da la ley (3); si el que promete ó en-

trega la arra, fuere menor, no quedará obligado á su cumplimiento, porque le compete el beneficio de la restitucion; á menos que jure que ni por su menor edad, ni por lesion ú otra causa, reclamará el contrato, ni pedirá la arra, ni relajacion del juramento; porque éste vigoriza el contrato, como no sea en detrimento de tercero ó contra ley y buenas costumbres (1).

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

Sobre la dote.

OBLIGACIONES DE DOTAR.

Todos los autores civilistas que he leído definen la dote poco mas ó menos como se ha dicho, es decir, por el objeto que tiene en el matrimonio ó familia; y no se acuerdan que cualquiera bienes que se gozan sirven para lo mismo, á saber; para comer, beber, vestir y satisfacer las demás necesidades y comodidades de la vida. Pero me parece que esta es una explicacion que nada aclara, pues lo que distingue la dote de los demás bienes es su diferente modo de adquisicion; y segun él pudiera definírsela diciendo que es una legítima anticipada que aproximativamente á lo que despues les ha de corresponder, dan los padres á los hijos de ambos sexos. De esta diversa manera de considerar la dote resultarán consecuencias que hasta ahora no se han sacado, y se decidirán con facilidad varias cuestiones, segun irá observando.

Puede dudarse si conviene imponer á

los padres la obligacion de dotar: 1.º Porque por no sacar dinero, procurarán apartar á los hijos de toda idea de casamiento, lo impedirán acaso cuando traten de verificarlo, y de esta manera se disminuirán los consorcios: 2.º Porque se dará lugar á recursos odiosos entre padres é hijos, á fin de obtener la licencia para el matrimonio de éstos: 3.º Porque puede considerarse como perjudicial á los demás hermanos. Sin embargo, creo que en general el amor de los padres para con los hijos evitará los dos primeros inconvenientes, y que el tercero no puede considerarse con fundamento. En efecto, los demás hermanos tienen igual derecho que aquel para pedir la dote, y cuando por algun acaso no les diesen igual cantidad, no por eso pueden ser perjudicados en la porcion, que les corresponda despues de la muerte de sus padres. Por lo mismo, parece fácil arreglar la obligacion dotal, ateniéndonos al carácter de la dote. Siendo ésta una le-

(1) Ley 86, tit. 18, part. 3.

(2) Leyes 10, tit. 5, lib. 4, del Fuero Real, y 247 del Estilo.

(3) Ley 30, tit. 11, part. 5.

(1) Leyes 16, tit. 11, part. 3, 28 tit. 11, part. 5 y 6, tit. 12, part. 6.

gítima anticipada, habrá de imponerse aquella á las personas que deben legítima ó han de guardar tasa legal en sus disposiciones testamentarias, á saber; á los padres respecto de sus hijos legítimos, ó aun naturales, siempre que se conceda á éstos un derecho riguroso en parte de la herencia de aquellos, y á los abuelos para con los nietos en falta de hijos. Pero un descendiente no deberá ser obligado á dar dote á su ascendiente, tanto porque no existe la razon de dotar, esto es, el matrimonio, el cual ya fué consumado por él anteriormente, como tambien porque éste no tiene derecho á legítimas de aquel si no es en defecto de hijos. Nuestro derecho, por no haber entrado en principio tan sencillo, no impone por regla general á la madre obligacion de dar dote á la hija; mas sí por caso de excepcion, en ódio de las demás creencias religiosas, cuando aquella no profese la fé cristiana y la otra sí.

Por la misma razon no puedo menos de conformarme con la disposicion de que la obligacion de dotar tenga lugar, sea que la hija posea bienes propios suficientes ó no los tenga; pues claro es que ella tiene derecho á la legítima de sus padres, tanto en el caso de que sea pobre, como en el de que sea rica. Igualmente hallo bien el que el dotante quede á la garantía de las cosas que dé. En efecto, todo el que transfiriere á otro una cosa debe por regla general responder de ella, por algun vicio que tenga, ó porque resulta que es otro el propietario verdadero: nada mas justo ni mas conforme á la buena fé. Por tanto, si aparece que los bienes que un padre da á un hijo en dote contienen alguno de estos defectos, no debe sufrir el perjuicio, sino que el padre, ó por mejor decir los demás coherederos despues de su muerte, deberán subsanarle de él.

La legítima de los hijos se computa por el valor que tengan los bienes hereditarios al tiempo de la muerte del padre, ó mejor diré que es el total líquido que quede entonces distribuido entre todos. A la verdad no es fácil saber de antemano cuanto será en dicha época este caudal, lo cual impide averiguar lo que deberá darse á ellos anticipadamente, por lo que se habrá de atener á un cálculo aproximativo. Claro es que nadie sabe mejor que los mismos padres el estado presente de su casa, ni nadie podrá calcular mejor que ellos el que tendrán á su fallecimiento, así que me parece muy regular que se deje á su sola prudencia el señalamiento de la dote. Sin embargo, puede ocurrir algunas veces que padres avaros ofrezcan una cantidad sumamente pequeña: ¿será conveniente entonces entrar á examinar el estado de los fondos? Por el favor de los matrimonios pudiera creerse que sí; pero considerando por otra parte el amor de los padres hacia los hijos, y reflexionando además los litigios y otros inconvenientes que se seguirán en las pocas veces que aquellos se muestran mezquinos, me inclino á creer que es mas acertado dejarlo á juicio de ellos. Así será arbitraria por de pronto la asignacion que hagan, pero ella no podrá perjudicar al derecho de la legítima de los hijos; porque llegado el caso de la contaduría y particion formal, será lo mismo que se hubiese señalado mas ó menos.

Nuestras leyes no imponen á los padres obligaciones de constituir dote á los hijos varones. Sin embargo, no puedo hallar una razon sólida para esto; porque al contrario concurren para con ellos todas las razones que hay respecto de las hembras; mantenimiento de la familia, crianza y educacion de los hijos que pu-

diesen tener, en fin sostenimiento de todas las cargas anexas al matrimonio. Es verdad que las hijas tendrán generalmente mas necesidad que los hijos de la dote para hacer un buen acomodo; pero esto no prueba que ellos no la necesiten por su parte, y que un capital regular no podria proporcionar una buena novia mejor que sin él. Examínese la naturaleza de la dote, y se deducirá con facilidad esta doctrina.

Tampoco me parece bien la manera en que se impone la responsabilidad del pago de la dote á los que la prometan. Se ha dicho antes que los padres tienen obligacion rigurosa de dotar á las hijas, de donde se deduce que ésta debe salir de sus bienes propios; pero ahora se nos dice que el señalamiento de ella es una promesa, una donacion, y que por consiguiente si de esto resulta obligacion, es en virtud de este segundo acto. La contradiccion es pües manifiesta; porque si la promesa es acto voluntario, es afirmar que antes no habia obligacion, lo cual sin embargo se asegura. Segun he hecho ver anteriormente, la idea mas sencilla de la dote es considerarla como una legítima anticipada; y conforme á esto, es claro que tanto el padre como la madre deben dar dote al hijo é hija, porque tienen derecho á la legítima en los bienes de ambos. Así estas distinciones que se hacen de haber gananciales ó no en el matrimonio, y de alcanzar ó no para cubrir la dote, me parece un puro embrollo. Por tanto, como la dote se ha de considerar por una cantidad dada á cuenta de la legítima paterna y materna, poco importará para el caso que se señale por el padre, sea durante el matrimonio, sea despues, ó que lo haga la madre en la viudez; porque al fin los hijos vendrán á cuentas y á hacer su division de las he-

rencias, y entonces se sabrá lo que toca á cada uno. Como digo, la confusion proviene de la mala idea que se ha fijado de la dote, considerándola por una donacion, pero en mi concepto se evitará ella, mirándola bajo el aspecto que he explicado. Otra cosa será cuando la cantidad dada por los padres á los hijos exceda á la hijuela que les corresponde: está bien que entonces este exceso se reputé por verdadera donacion, y parezca regular que lo pague el mismo.

ADMINISTRACION DE LA DOTE.

Hay razones en pro y en contra para conceder al marido la facultad de enagenar los bienes raices dotaes: 1.º La utilidad que en general resulta de la facilidad de cualquiera enagenacion: 2.º Utilidad que puede resultar á los mismos cónyuges y familia. Razones en contra: 1.º Peligro de que el marido abuse de la facultad, y malgaste su producto: 2.º Temor de perjudicar á los hijos: 3.º Temor de discordias domésticas consiguientes á la enagenacion. Yo creo que estos inconvenientes son en verdad mas exagerados que reales, pues en un matrimonio, y particularmente cuando es indisoluble, no se puede suponer abuso semejante de parte del marido, aunque alguna vez se verifique, sino al contrario que ama á su muger é hijos, y que por lo mismo obrará en esto en favor de sus intereses. Así parece que no debe dardarse en conceder la enagenacion con intervencion de la muger; porque los perjuicios de la falta de libertad para verificala, son tan considerables en general, que dificilmente se pueden contrabalancear con algunas ventajas; pero como digo, los inconvenientes no son tan efectivos en el presente caso. Por otro lado, cómo la ley que confia al marido otros

intereses mas preciosos que un pedazo de tierra, ha de negarla respecto de éste?

Puede hacerse además aplicacion de lo que he dicho á la destitucion de la administracion que se impone al marido en los casos de una conducta desarreglada. Este no es mas que un usufructuario y administrador de la muger, y por consiguiente está obligado á cuidar de sus bienes como lo haria un buen padre de familia. La supremacia que ejerce en el matrimonio, le pone en estado de abusar de su poder, y éste, que se funda en la confianza de que obrará en todo segun el interés de la familia, pudiera hacerse perjudicial á la misma como lo seria si disipase los bienes, sea en el juego, borracheras, comilonas ú otros vicios. Justo es, pues, que el tribunal le prive en estos casos del gobierno, y lo conceda á la misma muger ú á otro, á fin de que no se consuma el capital, y se atienda así á la educacion y acomodo de los hijos. Pero no debe procederse á esto con ligereza, ni conviene dar al juez tal facultad, que haga aquellas destituciones un efecto de capricho ó arbitrariedad; es menester que se formalice un juicio, y que aparezcan de él los desarreglos graves esplicados y en peligro de una completa disipacion. Entonces es urgente que intervenga la autoridad á poner un veto, á fin de que no se perjudique mas á sí mismo y á su familia, á la manera que tambien debe providenciar por la misma razon respecto de un loco. Así lo dispone nuestra legislacion, que en todas estas cosas manifiesta unas miras excelentes, cuya declaracion en honor de la justicia no se puede menos de hacer.

RESTITUCION DE LA DOTE.

Siendo el matrimonio la causa de la dote, y no siendo el marido mas que un administrador y usufructuario durante aquel,

claro es que disuelto por cualquiera razon que sea, debe hacerse su restitucion. Así, en el caso de que muera la muger, deberá devolvérsela á sus herederos, sean hijos ú otros; mas si aquellos estuviesen bajo su patria potestad, la retendrá en virtud de la administracion que tiene sobre los bienes de ellos. Muerto el marido sin dejar hijos se apoderarán de la herencia sus otros herederos, y éstos no pueden menos de hacer la devolucion de todas las cosas dotedales á la viuda. Todo es sencillo, porque como se vé, la muger permanece siempre propietaria de la dote, aun constante el matrimonio, y solo por las razones antes esplicadas queda privada de la administracion, que la recupera ella ó sus herederos luego que se disuelve la union conyugal.

El tiempo de la disolucion de las sociedades y particion de sus bienes, suele ser generalmente lleno de discordias, pues cada parte se considera ofendida con la porcion que se le entrega, y con obligacion de producir sus quejas públicamente sin ningun reparo. Tal puede suceder tambien en la restitucion de los bienes dotedales por la disolucion del matrimonio, que es una separacion de la sociedad conyugal, y para evitarlo, conviene que la ley esplice con claridad cómo ha de hacerse ella. ¿Se obligará al marido á que restituya siempre las mismas cosas dotedales que recibió? ¿Convendrá concederle la facultad de devolver el importe de ellas? Si la dote consiste en bienes muebles, lo primero embarazará la administracion del marido, y consistiendo en raices, podrá ser un motivo para dejar de hacer en ellos mejoramientos; porque no los verificará con facilidad sabiendo que un estraño se ha de aprovechar de ellos, como sucederia en caso de fallecimiento sin hijos del matrimonio. Lo se-

gundo tiene tambien sus inconvenientes; porque en el hecho de querer dar el marido ó sus herederos el importe, indican que los bienes valen mas que la cantidad en que están tasados con lo que perjudican á la muger. Por otra parte se causará frecuentemente una pena de privacion, siendo así que cada cual tiene aficion á las fincas que adquiere por sí ó por hecho de sus padres, pena que no se compensará con el placer que aquellos tengan en quedarse con ellas.

Creo que esta última razon hace caer la balanza, á fin de que se verifique la devolucion de los mismos bienes siempre que existan en especie: además la naturaleza de la dote no permite otra cosa. Esto es mas sencillo, mas fácil, menos costoso, y menos espuesto á desavenencias; las tasaciones y sus pagos acarrean dificultades, causan pleitos, y dan lugar á grandes dilaciones. El marido es un mero administrador de los bienes dotales y no un propietario; el matrimonio no es ningun contrato de venta; y ésta no debe suponerse mientras no se otorgue clara y espresamente. ¿Cómo puede, pues, decirse que aquel es el dueño de la dote? Quien tiene el verdadero dominio es la muger; pero ella está impedida por el momento de ejercerlo, pues que la ley durante el matrimonio ha confiado su administracion al esposo: administracion que recupera desde que éste llega á morir, quedando entonces con todos los efectos civiles de su propiedad. Sin embargo, no es estraño que los romanos considerasen al marido como dueño de la dote; pues que lo reputaban por señor de su muger, y colocaban á ésta en clase de una cosa *mancipium*: ¿cómo no habian de darle el carácter de propietario de sus bienes? Mas estos tiempos ya pasaron, y puesto que la muger es la dueña de su dote, aun durante el

consorcio, nada es mas regular que el que se le devuelva en especie á ella ó á sus herederos.

No quiero dejar sin respuesta uno de los argumentos que se han hecho contra este proceder, la falta de mejoramientos de las fincas dotales. Esto podria suponerse solamente cuando no tuviesen hijos del matrimonio, pues solo entonces puede tener repugnancia para hacer gastos de que los estraños se hayan de aprovechar; pero en fin, se puede proveer fácilmente á este inconveniente, dando al marido ó á sus herederos derecho de recobrar de la muger ó de los suyos las cantidades que se hubiesen invertido así en verificarlos. De esta manera no se espone á perjudicarse en manera alguna, y parece que no puede tener motivo para abstenerse de hacer obras para las que por otra parte le asistiesen ganas. Por último diré que la mejora de una obra es generalmente causa de que la finca reditúe mas producto; de estos beneficios se aprovechará el mismo marido, y prescindiendo de todo lo demás seria un incitativo para que ella tenga lugar, ó á lo menos no habrá razon para lo contrario. Mas como digo, asegurándole sus desembolsos se quita al parecer el peligro indicado, y esto basta.

Está establecido que la restitucion de la dote que consiste en bienes raices, debe hacerse desde luego, y la que en muebles ó dinero dentro de un año. La primera parte de la disposicion parece fundada; porque el marido ó sus herederos no tienen dificultad en buscar y redondear las fincas, y por lo mismo es justo que hagan su entrega inmediatamente de la disolucion del matrimonio. O mejor diré, que conforme á los principios esplicados, no hay necesidad de tal entrega, pues ella ha sido siempre dueña y

poseedora de sus propiedades, y nada hay que añadir á estos títulos mas que la detencion material. Respecto de las cosas muebles que haya aportado, merece tambien la misma consideracion de dueña, y parece que debe apoderarse de ellas desde luego; mas puede suceder que se hallen algunas en manos de terceras personas ó no tenerlas redondeadas, y por lo mismo deberá señalarse algun término, si bien nunca largo, para que ello tenga lugar. Pero siempre habrá de ser mucho mayor cuando la dote consista en numerario, porque es muy fácil y factible que no se halle igual cantidad en poder del marido; y así que nada mas regular que el que se conceda algun respiro mayor para hacerse la entrega: el plazo de un año que se establece por la ley, parece muy bastante para esto. Si la dote consistente en dinero se empleó en compras de fincas productivas ó cosa semejante, parece que el marido ó sus herederos respectivamente cumplen con hacer la entrega de las mismas.

Los gastos que se hagan en un matrimonio manteniendo la familia, creando y educando á los hijos, y de otras maneras semejantes en utilidad de ellos, son cargas matrimoniales á las que están obligados tanto el marido como la muger. Por consiguiente, los productos de los bienes de ésta, tambien deben responder de ellas; y así no podrá pretender parte alguna de los frutos, ni intereses de las sumas de dinero que hubiese introducido al consorcio. Cuán difícil y mezquino seria por otro lado obligar al marido á llevar una cuenta de las espensas que se hagan, para calcular si los productos de la dote escuden ó no á la mitad de ellas, no hay para qué advertirlo; y pues que se ha de suponer que cuando una muger se casa, examina detenidamente la con-

ducta de su esposo, siendo de creer por lo mismo que éste emplea todos los frutos en beneficio comun, no se puede menos de concluir así. Nuestra ley, pues, que solo concede á la muger el derecho de recobrar el mero capital dotal, y no sus intereses, rentas ó productos, es sin duda muy justa.

Como la causa de disfrutar en comun estos productos es el mismo matrimonio, claro es que disuelto éste, debe cesar la percepcion por parte del marido y sus herederos. Si se supone que aquellos han nacido en la heredad con el trabajo y empleo del capital del marido y muger, justo es por lo mismo que pertenezcan á ambos mientras no se consuman, y si bien esta razon no ocurre respecto de las rentas de las casas, fundos arrendados é intereses de capitales prestados, no deja de comprenderles lo antes enunciado.

¿A qué título el marido ó sus herederos pretenderian retener todos estos frutos y productos? No veo qué podrian alegar. Al contrario, si alguno hubiese de disfrutarlos, esclusivamente deberia ser la muger, pues que la finca es de ella; mas para esto tampoco hay razon: los cónyuges adquirieron en vida derecho á la parte de frutos ó rentas de los bienes propios mutuamente, y este derecho adquirido debe ser transmitido á sus herederos.

Los bienes llamados parafernales, no son parte alguna de la dote, sino que los tiene la muger por algun otro título distinto. Esta es la propietaria de ellos; pero su administracion debe corresponder al marido por las razones de superioridad y conveniencia que he manifestado, hablando de los derechos de los cónyuges, bien sea que ella lo conceda ó no: así que no hay para que nos ocupemos aquí de este asunto. Por tanto, yo entiendo, que es demás el que se haga un capítulo aparte respecto de tales bienes,

despues de haber hablado en general en derechos respectivos de los esposos; esto el título del matrimonio acerca de los me basta advertir sobre la materia.

TITULO 4.º

De los bienes parafernales y de las arras.

CAPITULO I.

DE LOS BIENES PARAFERNALES.

1. ¿Qué son bienes parafernales y á quien corresponde el dominio de ellos?
2. Los bienes parafernales gozan del privilegio de hipoteca tácita en los bienes del marido para su restitucion, cuando la muger se los hubiere entregado.
3. No habiéndolos ella entregado, no será la responsabilidad del marido, aun cuando dichos bienes se hayan consumido en los usos domésticos, con noticia y consentimiento de la muger.
4. De la enagenacion de los bienes parafernales.

1. Bienes parafernales son aquellos que además de la dote lleva la muger al matrimonio como suyos propios, ó los que adquiere durante él por cualquier título lucrativo, como herencia, donacion &c. Llámanse parafernales de la diction griega parapherna, compuesta de *para*, casi ó cerca, y *pherna* que en el idioma castellano equivale á dote, por cuya razon se llaman casi dotales, ó mas bien extradotales, cuya última palabra tomada del latin se ha adoptado en castellano (1). En estos bienes tendrá dominio el marido si la muger se los entrega con esta intencion y no de otra suerte.

2. Verificándose pues la entrega en estos términos, aunque dichos bienes no gozan del privilegio de preferencia ó antelacion que los dotales, sin embargo tienen el de tácita hipoteca en los del marido. Por el contrario, si la muger no se los entrega á éste para que los cuide y administre como los dotales, sino que se los reserva para administrarlos ella, no go-

zarán del referido privilegio de hipoteca; porque teniendo la muger en este caso el dominio y usufructo de ellos, es de su cuenta y riesgo el deterioro que padezcan: por consiguiente, disuelto el matrimonio, nada se deberá abonar de su importe por no haber entrado en el fondo de la sociedad (1). Lo mismo será cuando hubiere duda de si los entregó ó no al marido, por cuanto se presume haber retenido su dominio; quedando aquel obligado solamente en tanto cuanto recibiere ó entrare en su poder, y nada mas (2).

3. No habiendo entregado la muger á su marido los bienes parafernales, aun cuando hubiesen llegado á poder del mismo, si se consumieren ó deterioraren en los usos domésticos, callando ó consintiendo ella, no tendrá obligacion el marido ni su heredero de abonarle su valor, á menos que se haya utilizado con dicho uso; pues en tal caso tendrá que satisfacer el importe de esta utilidad (3). No

[1] Ley 17, tit. 11, part. 4.
Tom. I.

[1] Dicha ley 17.
[2] La misma ley 17.
[3] Gom. en la ley 50 de Toro.

obstante lo dicho, si hubiere gananciales, no deuda que resulta contra él con hipoteca tácita. la muger percibirá de ellos el valor de los bienes parafernales cuando se emplearon en usos domésticos con su noticia y consentimiento, como fondo puesto en la sociedad conyugal; pero si el marido los consumiere en su casa y familia, ignorándolo y no consintiéndolo la muger, está obligado á la íntegra restitucion de su valor, porque no se presume haberseles donado; en cuyo caso se sacará aquel de los bienes gananciales si los hubiere, y si no del capital del marido co-

4. La enagenacion de los bienes parafernales hecha por el marido, es una cuestion que tiene mas estrecho enlace con el tratado de particiones, como se verá cuando se trate del modo como debe hacerse la deducccion de los referidos bienes, segun las diversas circunstancias de dicha enagenacion; y así se omite aquí este punto por no anticipar la doctrina que corresponde á otro lugar.

CAPÍTULO II.

DE LAS ARRAS.

1. ¿Qué se entiende por arras?
2. ¿Cuánto puede prometer ó dar en arras el novio?
3. La muger hace suyas las arras.
4. ¿Cuánto se pueden ofrecer y aumentar las arras?
5. El marido no puede enagenar las arras sin permiso de la muger.
6. Pueden prometer las arras de los bienes futuros.
7. ¿Si podrá el menor de veinticinco años ofrecer arras, y en qué cantidad?
8. ¿A qué tiempo deberá atenderse para saber si las arras caben ó no en la décima de los bienes?
9. ¿A qué tiempo deberá atenderse para el abono de las arras, cuando el marido da esta eleccion á la muger?
10. Las arras pueden ofrecerse á la novia viuda igualmente que á la soltera.
11. ¿De qué modo valdrá la oferta de arras que exceda de la décima parte de los bienes?
12. Pueden ofrecerse arras del usufructo de los bienes vinculados.
13. Caso en que la muger tiene derecho á repetir parte de las arras contra su suegro.
14. Derecho que tiene la muger de reclamar íntegramente las arras cuando el marido perdiera en juicio algunos de sus bienes.
15. Engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, podrá rescindir descontándolo de las arras.
16. Las arras gozan del derecho de hipoteca tácita en los bienes del marido.
17. En caso de no dar ni ofrecer arras el novio, ¿qué otra especie de donacion podrá hacer, y en qué cantidad?
18. ¿A cuánto podrá ascender esta donacion, si el novio fuere viudo con hijos de otro matrimonio?
19. Derecho de la muger á renunciar estas dádivas disuelto el matrimonio y elegir las arras, si se hubieren prometido estas y aquellas.
20. Derechos de la esposa en caso de no verificarse el matrimonio, si la hubiere besado el esposo.
21. Si la novia libre mayor de veinticinco años, ofreciere algo al novio, quedan obligados sus bienes al cumplimiento de esta oferta.

1. Llámanse *arras* la donación hecha á la esposa por el esposo en remuneración de la dote ó en consideración á sus prendas personales. Esta oferta ó dádiva suele también denominarse donación *propter nupcias*, y es un acto meramente voluntario de parte del novio; pues ninguna ley le impone la obligación de dar arras ni dotar á la novia.

2. El novio no puede dar ni prometer á la novia en arras ó donación *propter nupcias* mas que la décima parte de los bienes libres que tenga, según una ley del Fuero Real (1), confirmada por otras dos de la Novísima Recopilación (2), en una de las cuales se prohíbe además poder renunciarse aquella; y que no valga la renuncia aun cuando se haga, imponiendo al escribano que autorice contrato con ella, la pena de perdimiento de oficio para siempre.

3. La mujer hace suyas las arras, y por su muerte corresponden á sus herederos legítimos ó estraños, si no dispone espresamente de ellas (3), ó no intervino pacto contrario al tiempo de su oferta, el cual puede poner entonces el promitente y no después á su arbitrio.

4. Puede el esposo ofrecer arras á su esposa antes de contraer matrimonio, y aumentarlas después si ella aumenta su dote; y valdrá esta promesa siempre que no exceda de lo que permite la ley (4).

5. No debe el marido enagenar ni disipar las arras aun cuando medie permiso de la mujer, ni aun muriendo ésta, si dejare hijos, y mientras éstos vivan; á menos que se le hayan dado apreciadas, ó que la mujer concurra al contrato de su enagenación y lo jure, renunciando al

derecho hipotecario que tiene en los bienes del consorte, como diré después.

6. Aunque el novio no tenga bienes cuando se case, puede prometer arras á la novia, de lo que adquiriera en lo sucesivo y valdrá la promesa en la décima parte líquida de ellos; porque á cualquiera está permitido obligar sus bienes futuros como los presentes al cumplimiento del contrato que celebra.

7. El menor de veinticinco años puede igualmente que el mayor, ofrecer arras hasta la cantidad que permite la dicha ley del Fuero, y en esto no gozará del privilegio de la restitución, siempre que concurren las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que no tenga curador para la administración de sus bienes, pues si lo tuviere, ha de intervenir su autoridad, y de lo contrario será nula la promesa ó donación, y á menos que la confirme el menor con su silencio y consentimiento de su mayor edad: 2.ª Que consista la donación en dinero ó en cosas que no puedan conservarse guardándolas; pues consistiendo en bienes raíces, además de la concurrencia del curador, es indispensable la licencia ó decreto judicial; bien que si ésta no interviene y pasaren algunos años después de haber cumplido el menor los veinticinco, se confirma la donación ó promesa, al modo que la enagenación de cosa inmueble, hecha por título oneroso (1).

8. Si el novio ofreciere á su novia cantidad cierta en arras, confesando que cabe en la décima parte de los bienes libres que entonces tiene, y en caso de que no quepa haciendo la consignación en los que adquiriera en lo sucesivo; aun cuando al tiempo de contraer matrimonio no quepa en dicha décima parte, si al de su disolución tuviese cabimento, se atenderá

(1) Ley 2, tit. 2 del Fuero.

(2) Leyes 1 y 7, tit. 3, lib. 10 N. R.

(3) Leyes 1 y 2, tit. de las arras, lib. 3 del Fuero Real.

(4) Ley 1, tit. 11, part. 4

(1) Gom. en la ley 50 de Toro, núm. 14.

á este último tiempo para hacer la aplicacion de las arras á la esposa; porque este pacto es válido, como todos los demás nupciales que no son contrarios á derecho. Pero si en la escritura de promesa no hubiere hablado el esposo de sus bienes presentes y futuros, diciendo solo que *ofrece en arras* tanta cantidad, la cual no cabia en la décima de sus bienes al tiempo que la prometió, no valdrá la oferta de los que despues haya adquirido, porque en los contratos siempre se presume que uno quiere gravarse en lo menos que pueda; sin que á éste obste la cláusula general, que suele ponerse en las escrituras, de que el novio obliga sus bienes presentes y futuros al cumplimiento de su promesa; pues de esta obligacion genérica no se infiere que quiso ampliarla á mas de lo que tenia cuando la hizo.

9. Si tuviere bienes el esposo al tiempo que ofreció las arras y al de su muerte, y hubiere prometido indistintamente la décima parte de ellos, á eleccion de la muger; debe atenderse para el abono de dichas arras al tiempo que sea mas útil á aquella ó á sus herederos; por cuanto tienen derecho para elegir el que quieran.

10. Puede el novio ofrecer arras á su futura esposa, no solo siendo soltera sino tambien cuando es viuda, por ser un pacto voluntario que debe observarse como cualquiera otro; pero teniendo hijos de dos maridos la muger, no han de percibir los del uno parte alguna de las arras que el otro le ofreció, sino llevar cada cual las prometidas por su respectivo padre.

11. Ofreciendo el novio á la novia mucho mas de lo que importa la décima parte de sus bienes, no en calidad de arras, sino como donacion ó dote en remuneracion de sus prendas personales, valdrá en concepto de donacion remunera-

toria, y no simple, la cual está prohibida por derecho entre marido y muger (1). Y aunque algunos dicen que esto es defraudar la ley socolor de remuneracion, se observará lo espuesto, á menos que se pruebe haberse hecho con fraude dicha donacion remuneratoria.

12. Aunque el novio no tenga bienes libres cuando se casa, puede si quiere ofrecer arras á la novia del usufructo ó aprovechamiento de los vínculos, mas no de la propiedad de éstos, como tampoco de otros sujetos á restitution. Para hacer la regulacion de dicho usufructo se tendrá presente su producto anual líquido y efectivo, deducidos gastos, y calculado con lo que podrá vivir probablemente el novio, atendidas su edad y robustez. Considerando todo esto, se formará un capital á semejanza del censo vitalicio personal: por ejemplo, producen los bienes ocho mil pesos anuales líquidos y el marido podrá vivir diez años, segun su edad y robustez; multiplicados los ocho mil por diez, componen ochenta mil de rédito ó renta correspondiente á diez años. En este caso se forma un capital de ochenta mil, que son la décima parte de ochenta mil, los que podrá prometer por via de arras á su muger futura. Mas para que la muger tenga derecho á pedir estas arras y otras semejantes, se la han de haber ofrecido al tiempo de casarse; pues disuelto el matrimonio, no tiene accion á pretenderla á pretesto de que el marido pudo ofrecerlas, ni se las deben abonar si no hubiere precedido el pacto, ó aun mediado éste si no fuesen arregladas á la ley citada.

13. Ofreciendo el novio y su padre, á otro en virtud de poder de ambos cantidad determinada en arras á la novia, si despues de casado el primero muere an-

(1) Leyes 1, 2, 3 y 4. tit. 11, part. 4.

tes que su padre, y la cantidad prometida no cupiere en la décima de los bienes que deja, sacará la muger la décima de éstos y por el residuo hasta el cumplimiento de las arras prometidas podrá repetir contra su suegro; porque éste se obligó igualmente que aquel, debiendo por consiguiente pagar lo que falte.

14. Si el novio ofreció á la novia la décima parte de sus bienes, en inteligencia de que eran suyos porque los poseía como tales de buena fé, y despues de casado le quitaron parte de ellos en juicio sus verdaderos dueños; valen en concepto de Febrero las arras prometidas, y puede reclamarlas la muger íntegramente: lo 1.º Porque en el nombre de bienes se comprenden los que poseemos con buena fé, aunque sean ajenos: lo 2.º Porque dicha oferta pudo ser un poderoso estímulo para que se casase la novia, lo cual acaso no hubiera hecho sin aquel aliciente, y así no es justo que sea defraudada mayormente cuando ésta es una deuda contra el caudal del marido contraída con buena fé, en tiempo hábil por contrato oneroso.

15. Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, podrá resarcirse del engaño pagando enteramente lo que ofreció en arras ó por aumento de dote; por cuanto le compete la excepcion de retencion de ello hasta la cantidad en que fué engañado, por el dolo cometido. Sin embargo esto debe entenderse, en opinion de Febrero, cuando la oferta de las arras se hizo solamente por consideracion á la dote, mas no cuando se ejecutó por atencion á las prendas de la novia, y honor del matrimonio, como se hace comunmente; en cuyo caso tendrá derecho la muger al total de las arras prometidas con arreglo á la ley citada del Febrero.

16. Las arras gozan del privilegio de hipoteca tácita en los bienes del marido, como la dote, aunque no del de prelación que tiene ésta, á no ser que se den por aumento de dote, en cuyo caso gozan de todos los privilegios correspondientes á los bienes dotales.

17. No queriendo el esposo futuro dar ni ofrecer arras á la novia, puede darla joyas ó vestidos con tal que su importe no exceda de la octava parte de la dote verdadera, y no confesada que él recibe (1); pero si ofreciere arras y además la diere joyas ó vestidos, debe escoger la muger y sus herederos si aquella hubiere muerto, cual de las dos cosas quiere (pues ambas no se lo permite la ley), y esto ha de ser dentro de veinte dias despues de requerida por los herederos del marido, y no haciendo la eleccion corresponde á ellos el hacerla (2). Esto se entiende, en opinion de Febrero, siempre que la novia hubiere incluido en su carta dotal las joyas ó vestidos; pues no siendo así, debe considerarse como donados despues del matrimonio en cumplimiento de la obligacion alimentaria que tiene el marido. Cuando la muger no lleva dote como que falta este regulador designado por la ley para tasar las joyas y vestidos, reduciéndolos á la octava parte de aquella, no puede la muger ganar ó hacer suyas estas dádivas esponsalicias.

18. Si el novio que hace estas dádivas fuere viudo con hijos de otro matrimonio, no puede exceder en ellas del quinto de sus bienes, y si hubiere exceso es nula la donacion en cuanto á éste, aunque se confirme con juramento, por cuanto cede en perjuicio de tercero.

19. Consumiendo ó deteriorando la muger con el uso las joyas ó vestidos que

(1) Ley 6, tit. 3. lib. 10, Nov. Rec.
(2) Ley 3, tit. 3, lib. 10, Nov. Rec.

su marido la hubiere dado, podrá, disuelto el matrimonio, dejar ó renunciar dichas dádivas y elegir las arras, porque la ley se lo permite; y aunque Ayora dice que en tal caso estará obligada la muger ó sus herederos á volver otros vestidos como la dió el marido, Febrero duda de esta obligacion, fundado en que el marido está obligado á vestir y alimentar á la muger segun sus facultades, y atendida la calidad de ella.

20. Cualquiera esposa ya de presente ya de futuro, disuelto que sea el matrimonio, ganará si el esposo la hubiere besado, la mitad de todo lo que él la hubiere dado antes de consumarse el matrimonio, sean ó no cosas de mucho precio; pero si no la hubiere besado, nada ganará de dichas dádivas, y corresponderán éstas á los herederos del marido (1). Esto debe entenderse no solo cuando la esposa es doncella, sino tambien siendo viuda; porque versando la misma razon, es aplicable al segundo caso la misma disposicion legal.

21. Si la esposa libre, mayor de veinticinco años, y sin descendientes ofreciere algo al novio, quedan obligados sus bienes, aunque al tiempo de la oferta no se espresen, así como los bienes del novio

los están á las arras ó donacion *propter nuptias* que hace á la novia (1); y aunque la oferta que ésta hace á aquel excede la décima ú octava parte de sus bienes, (siempre que sea mayor de veinticinco años y no tenga hijos) valdrá; ya porque se hizo por contrato oneroso, ya porque la ley que puso tales limitaciones á los novios, no habla directamente con las novias. No obstante, si estas dádivas de la novia fueren sumamente excesivas, no valdrán, porque el derecho reprueba semejantes donaciones, como se dirá en el tratado de ésta. Si la esposa que hubiere dado algo á su futuro, muriere antes de celebrarse el matrimonio, debe el esposo volver lo donado á los herederos de ella, ya la haya besado ó no (2); pero habiéndose consumado el matrimonio, nada debe volver, porque con este hecho se afirmó la donacion (3).

En orden á hacer la deducccion de las arras por muerte del marido, se hablará con estension en el tratado de particiones, donde se resolverán las dudas que puedan ocurrir sobre esta materia en algunos casos complicados, cuya explicacion es mas propia de aquel lugar.

(1) Leyes 23, tit. 13, part. 5, y tit. 1, lib. 10 Nov. Rec.

(2) Leyes 5, tit. 2, lib. 3, Fuero Real. y 3, tit. 11, part. 4.

(3) Matienzo en la ley 4, tit. 2, lib. 2, Rec.

(1) Ley 9, tit. 3, lib. 10, Nov. Rec.

TITULO 5.º

De los bienes gananciales.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. ¿Qué son bienes gananciales y á quién corresponden.
2. Son comunicables los gananciales á entrambos consortes, aunque los adquiriera ó gane uno de ellos solamente.
3. ¿En qué caso serian ó no comunicables como gananciales los bienes que compre el marido por sí solo, ó la muger con su licencia tácita ó espresa?
4. Son comunicables los frutos del usufructo de las fincas que uno de los consortes llevó en propiedad al matrimonio; pero el derecho de usufructar que tenga alguno de ellos no se comunica, por ser cosa personal.

5. Son comunicables tambien los frutos de la parte de herencia que el testador hubiere dejado á alguno de ellos, aun quando haya habido pleito sobre validez del legado, y con este motivo se hayan retardado la particion y la entrega.
6. Son igualmente gananciales los oficios de escribano y demás de esta clase comprados durante el matrimonio.
7. El peculio castrense es comunicable quando le adquirió el marido del caudal comun.
8. ¿Cuándo son comunicables las donaciones remuneratorias?
9. Tambien son comunicables los productos del peculio casi castrense.
10. El precio de la finca que recobra el marido, en virtud del pacto de retroventa, durante el matrimonio es comunicable entre los dos consortes.
11. Casos en que son ó no comunicables los bienes ó efectos que suelen regalar al novio ó á la novia los parientes ó estraños.
12. La muger hasta que muere el marido no es dueña absoluta en propiedad y posesion de su mitad de gananciales. Al contrario el marido durante el matrimonio es verdadero dueño de ellos con dominio irrevocable, y así puede enagenarlos no mediando ánimo de defraudar á la muger.
13. Tambien se adquieren gananciales durante el matrimonio ilegítimo contraído de buena fé.
14. ¿En qué casos es ó no responsable el marido por el desfalco que tengan los bienes de la sociedad conyugal?
- 15 y 16. Resuélvese la cuestion siguiente. ¿Si muerto uno de los consortes, se presumiria tácitamente continuada la sociedad conyugal para la comunicacion de gananciales adquiridos despues del fallecimiento?
17. Los frutos que produzcan durante la proindivision los bienes adventicios de los hijos que están bajo la patria potestad, corresponden por derecho al padre como legítimo administrador.
18. ¿En qué casos no tiene lugar la regla general que hace comunes los bienes gananciales?
19. Por punto general los frutos de todos los bienes de ambos consortes de cualquiera calidad que éstos sean, ya haya llevado mas ó menos el uno que el otro al matrimonio se comunican por mitad á entrambos.

1. Dícense bienes gananciales *aquellos que el marido y la muger ó cualquiera de los dos adquieren ó aumentan durante el matrimonio, por compra ú otro contrato ó mediante su trabajo é industria; como tambien el fruto de los bienes propios que cada uno hubiese llevado al matrimonio, y de los que subsistiendo éste adquieran para sí por cualquier título.* Así pues, quando no se acredita cuales ó cuantos llevó cada uno, todos se reputan gananciales (1). Tales bienes son de entrambos consortes, aun quando el contrato por el cual se hayan adquirido estuviere celebrado en cabeza de uno solo (2); como tambien son comunes las deudas contraídas durante el matrimonio (3). Para adquirir cada consorte su mitad de gananciales no es necesaria la coabitacion siempre que subsista el

matrimonio por cuanto dura la sociedad conyugal.

2. Son comunicables los gananciales á entrambos consortes, aunque los adquiera ó gane uno de ellos solamente porque son sócios de compañía universal, y se negocia con el caudal y á nombre de ambos, aunque suene uno solo; pero si alguno de ellos acreditaré los que heredó por testamento ó abintestato ó los que le donaron, ó legaron individualmente ya sean muebles, raices ó de otra clase, serán suyos privativamente; porque las adquisiciones que provienen de sucesion, no pertenecen á la sociedad conyugal.

3. Aunque son comunicables como gananciales los bienes que compra el marido por sí solo ó la muger con su licencia tácita ó espresada, no lo serán en los tres casos siguiente: 1.º Si con el precio de la finca vendida y propia de uno de los consortes se comprare alguna otra, y se espresare así en la escritura ó se probase de otro modo legal; pues esta

(1) Leyes 1 y 4, tit. 4, lib. 10, N. R.

(2) Leyes 1, tit 9, lib. 9 Fuero Real. 207 y 223 del Estil.

(3) Claro es que las deudas contraídas antes debe pagarlas el consorte que las contrajo.

última finca así comprada pertenece exclusivamente al que era dueño de la primera: 2.º Si la finca propia de un consorte se trocase por otra y se dijere que ésta se subroga en lugar de aquella (1).

3.º Si el marido con dinero dotal y consentimiento de su muger comprase alguna finca; pues entonces se hará propia de ella; y si no mediere tal consentimiento será dotal la finca en subsidio como dice la ley (2).

4. Se comunican también entre marido y muger la utilidad de los frutos del usufructo de fincas ó casas, que uno de ellos hubiere llevado en propiedad al matrimonio, y durante él se consolidó con este dicho usufructo; pero el mero derecho de usufructar no se comunica á los dos consortes, porque es personal, y propiedad que pertenece á su legítimo dueño. No obstante, aunque no sea comunicable este derecho de usufructo ó de percibir los frutos, éstos deben considerarse como gananciales, pues son cosa muy distinta del referido derecho (3). También son comunicables los frutos cuando el marido adquiere después de casado el usufructo de algunos bienes, por ejemplo: cuando de su primer matrimonio tiene un hijo en su poder que heredó á su madre, ó á quien sus parientes ó extraños donaron alguna finca; en cuyo caso aunque el derecho de usufructar corresponde al padre mientras tenga al hijo en su poder, la muger segunda sin embargo percibirá la mitad de estos frutos durante el matrimonio.

5. Son comunicables también á los

consortes los frutos de la parte de herencia ó legado que el testador hubiere dejado á alguno de ellos, y vencieron después de su muerte, aun cuando haya habido pleito sobre validez del legado ó division de la herencia, y con este motivo hayan retardado mucho la particion y la entrega: por que el legatorio, luego que fallece el testador, adquiere dominio en el legado específico, y se le deben los frutos desde el día de dicha adquisicion de dominio; además de que la tardanza en determinarse el pleito no debe perjudicar á ninguno de los consortes, quienes por sentencia no adquieren cosa nueva, sino una declaracion del derecho que tenian. Lo mismo sucede cuando durante el primer matrimonio empieza el pleito sobre pertenecer ciertos bienes á alguno de los consortes; pues si muriere antes de concluirse dejando hijos, se volviere á casar el que sobrevive, y el pleito terminare durante el matrimonio segundo percibirán íntegros los bienes los hijos del matrimonio primero, también la mitad de los frutos vencidos hasta la muerte del dueño de los bienes.

6. La estimacion ó valor de los oficios de escribano, que durante el matrimonio adquieren los consortes, se les debe comunicar en los mismos términos.

7. Es igualmente comunicable lo que el marido adquiere en la guerra (que llaman *peculio castrense*), y lo que el soberano le dona en remuneracion de los servicios que hizo en campaña: se entiende cuando sirvió sin sueldo y se mantuvo á espensas del fondo matrimonial; pues si hubiese gozado sueldo, manteniéndose de él y no con los bienes comunes, nada toca á la muger de la donacion que se le hiciera, ó de lo que hubiere adquirido en la guerra (1).

(1) Ley 11, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real.

(2) Ley 49, tit. 5, part. 5.

(3) Algo metafísico y poco comprensible parece esta distincion del Febrero, pues si los frutos se comunican á los dos consortes, ¿á qué viene á quedar reducido el derecho de usufructar propio y exclusivo de uno de ellos?

(1) Leyes 3 y 5, tit. 4, lib. 16 N. R.

8. Por punto general las donaciones remuneratorias solo se comunican entre los consortes, cuando el uno prueba que el donatario no recibió mayor cantidad que el precio del trabajo ó servicio remunerado, y que éste se contrajo durante el matrimonio; pero si hubiere recibido mas de dicho precio le pertenecerá esclusivamente el exceso, y lo demás se considerará como ganancial, quedando al prudente arbitrio del juez, en caso de duda, la regulacion del valor de esta clase de méritos ó servicios.

9. Tambien es comunicable lo que el marido gana en los oficios de juez, abogado, escribano y otros semejantes; porque estos oficios son *casi castrenses*, y lo que producen ó sus frutos corresponden á los consortes por mitad; aunque la propiedad, que son los mismos oficios, ó la facultad de ejercerlos, concedida al marido, toca privativamente á éste.

10. El precio de la finca que antes de casarse tenia vendida el marido con el pacto de retrovenderla, y que despues de casado recupera en virtud de este pacto, es igualmente comunicable en ambos consortes, mas no la finca.

11. Para saber si son comunicables ó no los bienes ó efectos que suelen regalar al novio ó á la novia los parientes ó estraños, es preciso hacer distincion de los casos siguientes: 1.º Si en el dia de la boda dieren algo á la novia los parientes del novio, se entiende en caso de duda que se lo dan por consideracion á él, y se reputa como donacion esponsalicia; por consiguiente consumado el matrimonio la adquiere íntegramente la muger. Si por el contrario el matrimonio se disolviese sin haberse consumado, perderá la dádiva, á menos que la haya besado el esposo, en cuyo caso ganará la mitad de ella. Lo mismo se verificará si en la

donacion hecha al uno se hace mencion del otro; por ejemplo, lego á María tal cosa por estar casada con mi sobrino Juan: en cuyo caso y otros semejantes ganará ella la mitad ó el todo en los términos referidos, á menos que espresase otra cosa el donante: 2.º Cuando los parientes de uno de los consortes den algo á éste lo hace suyo enteramente, aunque participe de ello el otro y lo mismo sucederá cuando se lo da algun amigo suyo propio, porque así está prevenido por la ley (1), y en este caso no cabe disputa: 3.º Si le da alguno de los consortes cosa propia solamente de su sexo; v. gr. á la muger un adorno propio de las señoras, ó al hombre un caballo &c., pertenece esclusivamente al donatario, porque se presume dado por consideracion suya solamente: 4.º En general es comunicable lo que se da por amigos ó estraños al tiempo de la boda ó durante el matrimonio, si no espresase otra cosa el donante: 5.º Si hubiere costumbre en el pueblo ó provincia de que el donatario haga suyo lo donado por los parientes del otro consorte, debe observarse la costumbre; pero el donatario tiene que probarla á no ser que sea notoria: 6.º Cuando no resulta por consideracion de quien donó, y hay costumbre de regalar á las novias los parientes del novio, pertenece lo donado al donatario; pero debe probarse la costumbre si de ella se duda: 7.º Cuando consta que los parientes del uno quisieren que el otro hiciese suyo lo donado, ó al contrario, cesa todo motivo de duda y así debe llevarlo aquel á quien fué la voluntad del donante que lo disfrutase.

12. Durante el matrimonio la muger solo tiene en hábito el dominio y la posesion revocable de los bienes ganancia-

(1) Ley 2, tit. 4, lib. 10, N. R.

les, y hasta que muere el marido no se constituye dueña absoluta en propiedad y posesion de la mitad que la corresponde; por consiguiente, viviendo aquel, no puede disponer de cantidad alguna por pequeña que sea, en concepto de ganancial, sin licencia del marido. Por el contrario éste, durante el matrimonio, es verdadero dueño de los gananciales (1); y así los puede trocar, vender y enagenar á su arbitrio, no mediando fraude ó ánimo de defraudar á la muger (2). Los autores dudan si podrá tambien donarlos, y Febrero opina que la donacion será válida siempre que sea hecha á sus parientes, ó tan moderada que no cause grave perjuicio á la muger: la razon en que se funda es que mayor trabajo tiene el marido en adquirirlos, que ella en conservarlos.

13. No solo en el matrimonio legítimo y verdadero se comunican á los casados los bienes gananciales, sino tambien en el reputado y tenido por legítimo aunque luego resultase no serlo, porque se procedió de buena fé.

14. Siempre que por culpa conocida del marido tengan notable desfallo los bienes de la sociedad conyugal, ó se gravan con censo, fianza ó de otra forma, debe pagarlo el marido de su haber privativo; ya porque el daño que un socio causa por su culpa al otro, no se compensa con lo que adquiere su industria, ya tambien porque segun la ley, la muger no queda obligada por la fianza del marido (3). No obstante, si éste hubiese entrado en algun arrendamiento ó nego-

cio con otro fiándose entrambos; y habiendo perdido, no tuviese el consocio del marido con que pagar, y éste hubiere de satisfacer, no ha de imputársele este daño ó pérdida, sino que debe ser de cuenta de la sociedad conyugal, á cuyo nombre entró en el negocio; porque la pérdida fué eventual, no dimanada de su culpa, ni procedió con intencion de perjudicar á su muger.

15. Propone Febrero la siguiente dificultad: Muerto uno de los consortes, si el otro tuviere en su poder los bienes comunes, y adquiriere utilidades con ellos ó con sus frutos, ¿se deberá comunicar aquellas por mitad entre él y los herederos del difunto? En otros términos, ¿se presumirá tácitamente continuada la sociedad conyugal por la proindivision y aquiescencia de los interesados? Despues de muchas reflexiones con su acostumbrada perspicacia sobre esta cuestion importante, resume su opinion en los términos siguientes: Muerto el marido se entenderá renovada y tácitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre la viuda y los herederos legítimos del marido, ó muerta la muger entre los hijos casados ó emancipados, en los cuatro casos siguientes: 1.º Si se convienen en hacer así la division, ó se hubiere pactado de este modo en los contratos nupciales. 2.º En los pueblos donde haya esta costumbre sin interrupcion, ó esté en uso la ley del Fuero, que así lo dispone; lo cual se probará con otras particiones que en aquellos se hayan hecho; mas no si faltare esta prueba concluyente; porque las leyes de los fueros deben tenerse por tales solo en donde son usadas y observadas, como dispone la ley 1.ª de Toro. 3.º Cuando todos los bienes re-

(9) Así dice Febrero y otros varios autores, mas en nuestro concepto el marido y la muger tienen la posesion y dominio sobre los bienes gananciales, como dos condueños; si bien el marido es el que los administra por ser el jefe de la sociedad conyugal.

(10) Ley 5, tit. 4, lib. 10, N. R.

(11) Ley 2, tit. 11, lib. 10, N. R.

dituables ó dinero que dejare el difunto fuesen adquiridos por él y por su viuda durante el matrimonio; pues como la corresponde su mitad, debe percibir igualmente las utilidades que resulten mientras se hallen proindiviso, y estar también á las pérdidas que haya; porque además de ser igual en este caso el fondo social de entrambos consortes, el dominio que adquiere la muger en la mitad de gananciales por la muerte del marido, la da un título y derecho no solo para que la apliquen muebles, raices y otros bienes redituables, sino también para la adquisicion de la mitad de sus frutos. Lo mismo sucederá aun cuando no todos sean gananciales, si hubiere entre ellos algunos fructíferos ó redituables lucrados en el matrimonio; pues la mitad de los frutos que éstos produzcan en dicho intermedio, corresponderá á la viuda por igual razon: 4.º Cuando concurren los tres requisitos siguientes, á saber: que toda la hacienda esté proindiviso y vivan juntos los interesados diariamente, manteniéndose de un mismo caudal sin llevar razon y cuenta separada para cada uno: que se comuniquen indistintamente entre ellos y con igualdad las utilidades que resulten, ya de los bienes de la herencia, ya de otra parte, de modo que entren en el fondo comun, y que jamás pidan, tomen ni den cuenta los socios unos á los otros, sino que todo se adquiere, gaste ó emplee como si fuera de uno solo.

16. Faltando cualquiera de los requisitos ó circunstancias espresadas en los cuatro casos que especifica el párrafo anterior, no deberá ser por mitad la participacion de los gananciales, sino á prorrata del haber correspondiente á cada interesado; teniendo la viuda derecho á ser alimentada en los casos y términos que

se espresarán en el tratado de particiones.

17. En cuanto á los frutos que produzcan durante la produccion los bienes adventicios de los hijos que están bajo la patria potestad, ya sean mayores ó menores, no hay division que hacer; pues corresponden por derecho al padre, quien como legítimo administrador de los bienes de sus hijos no contrae sociedad con ellos.

18. La regla general que hace comunes los gananciales, no tiene lugar en los casos siguientes: 1.º Cuando la novia subsiste en su casa, sin haber ido á vivir con su marido y éste adquiere bienes con su caudal é industria. No obstante, si hubiese antes percibido la dote de ella, serán comunicables entre los dos los bienes gananciales que resulten: 2.º Cuando se divorcian por culpa de uno de ellos; pues el que la tuviere nada llevará (1): 3.º Cuando cometen algun delito por el que segun derecho deban perderlos; reputándose como gananciales todos los aumentados hasta que se declaran en la sentencia por perdidos: 4.º Cuando uno adquiere bienes por donacion que alguno le haga por sucesion testamentaria ó abintestato de sus parientes; pues probando ser suyos por alguna de estas causas, no tiene el otro consorte parte en ellos (2), como se indicó en el párrafo 2.º al fin: 5.º Cuando los bienes son castrenses ó provienen de estipendio militar, en los términos que se dijo en el párrafo 6.º: 6.º Cuando la viuda vive deshonestamente, pues entonces no solo pierde los gananciales, sino que habiéndolos percibido tiene que volverlos á los herederos del marido aunque sean estraños (3):

(1) Gom. en la ley 50 de Toro.

(2) Leyes 2 y 4, tit. 4, lib. 10, N. R.

(3) Leyes 5 y 11, tit. 4, lib. 10, N. R.

7.º Cuando la muger los renuncia al tiempo de casarse ó despues. En tal caso valdrá el pacto ó renuncia, así de los presentes como de los futuros; pero no deberá contribuir al pago de las deudas matrimoniales (1). Si durante el matrimonio renunciare los adquiridos y los que se adquieran en lo sucesivo, tambien valdrá esta renuncia sin necesidad de licencia de su marido, porque cede á favor de éste; pero deberá intervenir juntamente en la escritura para que no pueda reclamar contra ella. De todos modos, ya los renuncie durante el matrimonio, ya despues de disuelto acrecen al marido, y por el contrario renunciándolos éste acrecen á la muger. Ultimamente, debe advertirse que si la muger fuere menor, necesitaria licencia judicial para que sea válida la renuncia, precedido maduro exámen de si la es útil ó nociva, pues en tal caso no basta la licencia del tutor ó curador; porque al menor le está prohibido no solo enagenar y perder lo que tiene, sino tambien dejar de adquirir (2). Si la muger aceptare los gananciales una vez, ya no podria renunciarlos, y tendrá que contribuir al pago de las deudas matrimoniales, aunque excedan del importe de aquellos. Esta es la opinion de Ferrero, aunque otros autores sostienen que aun en este caso puede la muger repudiar los gananciales: 8.º Cuando alguno de los consortes lleva al matrimonio,

en propiedad solamente, una ó mas fincas, cuyo usufructo tiene un tercero, y por muerte del usufructuario se consolida el segundo con la primera; porque como dicho usufructo proviene de la misma causa de la propiedad, y se incorpora con ella, no se considera cosa distinta: 9.º Cuando marido y muger se separan de comun acuerdo por cualquiera causa, mediante legítima dispensa, en cuyo caso cada uno de los dos hace esclusivamente suyos los bienes que adquiera en lo sucesivo; y lo mismo sucede si la separacion proviene del voto recíproco de castidad; pero si la muger por mal tratamiento de su marido se separase de él con la autoridad judicial correspondiente, no perderá los gananciales que adquiera su esposo, aunque la separacion se haya hecho á instancia suya.

19. Ultimamente, debe advertirse por regla general que aunque uno de los casados lleve al matrimonio ó adquiera durante él mas bienes que el otro, de cualquiera calidad que sean sin distincion de castrenses, casicastrenses, adventicios ó profecticios, se comunicarán por mitad á entrambos consortes todos los frutos que producen, porque éstos no gozan del privilegio que los bienes referidos (1). Se omiten aquí otros puntos relativos á bienes gananciales; porque tienen mas inmediata relacion con el tratado de particiones, y allí podrá verse.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

Sobre el título de bienes gananciales.

Aunque en general miro con repugnancia las comunidades de bienes, de los

cuales por las oposiciones de intereses resultan frecuentemente graves daños; sin

(1) Ley 9, tit. 4, lib. 10, N. R.

(2) Leyes 5 y 8, tit. 19, p. 6 y 60 de Toro.

(1) Leyes 3 y 5, tit. 4, lib. 10, N. R.

embargo, parece que la de los que se ad- quieren en un matrimonio, lejos de ofre- cer estos inconvenientes, causan al con- trario muchos bienes. No faltan á la ver- dad quienes opinen contra nuestro siste- ma de gananciales, diciendo que es in- justo que la muger lleve parte alguna en ellos. Para esto se fundan en que el ma- rido es el que generalmente hace el au- mento de bienes, sea porque al contraer el matrimonio los cónyuges no tenían ningunos, sea porque tuviesen algunos: el marido es el que discurre y ejecuta, pero que sobre todo es mas injusto cuando la muger no aporta dote alguna, porque en- tonces percibe utilidad quien no pone ca- pital ni trabajo. Sin embargo, deberían hacerse bien cargo, que aunque sea cier- to que el marido haya puesto el mayor trabajo para los aumentos, tambien lo es que la muger habrá hecho cuanto esté de su parte para obtenerlos. Además ha- brá tenido que dedicar sus cuidados á- cia otros objetos tan interesantes de la familia, como son la crianza de los hijos y el gobierno interior de la casa. Por otra parte, cuando uno que posee bienes se enlaza con la que no los tiene, ¿no es una prueba de que por otro lado está do- tada de algunas cualidades físicas ó mo- rales, que equivalen á los mismos bienes? Pero en fin, preguntaré yo, ¿es útil que la muger tenga parte en las ganancias, sea que traiga ó no dote? Contesraré que en mi concepto es así; porque mientras tenga derecho á ellas estará mas intere- sada en el aumento de los bienes y en hacer una buena economía, y bien se sabe cuanto vale ésta en una familia: si ella se abandona y se introduce el desórden, poco servirán las adquisiciones que haga el marido. La muger, pues, en cuyas ma- nos se ha de confiar la administracion in- terior de la casa, podrá arruinarla por su

abandono y disipacion, y el mejor medio de impedirlo es el interesarla en que no lo verifique. Este interés consiste en los provechos que espera, si llegan á hacer aumento de bienes.

Establecida, pues, la utilidad de la par- ticipacion entre marido y muger, pudiera dudarse acaso si seria conveniente el que en un matrimonio la comunidad de bie- nes abrazase los que cada uno de los cón- yuges tenia antes de celebrarle y los que heredase despues privativamente, sin li- mitarse á los frutos y rentas. Pero yo veo á favor de esta limitacion la razon cons- titutiva de la sociedad, porque siendo el matrimonio la causa de la comunidad de bienes, no parece justo el que se estiendan sus efectos mas allá de él; y pues que du- rante él gozan sus productos en comun, tambien debe cesar con él. Por otro lado ¿no seria tal vez un motivo para retraer del matrimonio á muchos ricos el miedo de que muerto el cónyuge, y acaso sin hi- jos, fuese privado de la mitad de sus bie- nes? Este inconveniente es en mi concep- to muy grave. ¿No seria tambien una ra- zon para que en los matrimonios se mira- se solo el interés pecuniario? Estos ma- les son todavía mayores, y aun mas pal- pables donde el divorcio á voluntad de los cónyuges sea admitido.

Se manda tambien en otras leyes que los gastos de mejorar las fincas de uno de los esposos, pertenezcan á la sociedad; cuyas disposiciones me parecen conformes con el principio de la igualdad de intere- ses, que hemos establecido como neces- ria para un matrimonio. Si la muger no tuviese derecho de reclamar á su tiempo la mitad de los gastos que su marido ha hecho en mejorar sus propias fincas, ó al- revés, resultaria en el primer caso aquella perjudicada considerablemente, y por con- siguiente faltaria la igualdad que debe

existir en esta sociedad. En el segundo se veria que el marido tendria buen cuidado de no gastar nada de lo que no pudiese reembolsarse, lo cual hiere la produccion general, que las leyes deben fomentar en vez de contrariar. Creer otra cosa, pensar que los esposos querrán mejorar los bienes de uno de ellos, por mas que sepan que se esponen á no percibir parte alguna de sus provechos, es caminar bajo un supuesto falso y tratar de engañarse. Pero la ley no debe andar sobre arena, sino sobre pavimento mas sólido: tal seria si imaginase que un marido entraria á hacer muchos desembolsos en las fincas de la muger, á lo menos no teniendo hijos.

Nada es mas conforme á justicia que en la proporcion en que se perciban las utilidades, cuando las haya, en la misma se responda tambien de las pérdidas, si por desgracia resultasen. Así, supuesto que se ha adoptado la particion de las primeras por mitad, es consiguiente aplicar en igual forma las segundas: todas las razones están en favor de esta doctrina. En lo demás ya que con las cantidades que reciben prestadas utilizan tambien ambos esposos, y por lo mismo es una deuda contraida por ambos, es muy justo que lo que de ello quedare de pagar se reparta entre ellos. Pero no parece regular que el cónyuge sea obligado á responder de la mitad del deterioro que tengan con el uso las cosas del otro: esto que ni en las sociedades mercantiles se adopta, mucho menos debe aplicarse al matrimonio, en el cual resulta una verdadera comunion de bienes. Tales cálculos parecen mezquinos y muy ajenos de institucion. Otra cosa es, no obstante, cuando las fincas padecen alguna destruccion; entonces ésta puede considerarse como una pérdida cualquiera, y parece justo

que habiendo ganancias se cubra aquella con éstas.

Ya he espuesto antes las razones por las que debe darse á solo el marido la administracion de los bienes, tanto propios suyos y comunes, como de los peculiares de la muger, y siendo uno de los actos la facultad de enagenar, no debe sin duda ser privado de ella. Así lo exige el interés de la misma familia, pues consitiendo muchas veces en las enagenaciones el aumento de la riqueza, se imposibilitaria el marido de poder verificarlo, si se le negase la facultad de hacer cualquier contrato, sea adquiriendo ó desprendiendo. Sin embargo, se quita la fuerza á las enagenaciones que haga el marido con ánimo de perjudicar á la muger. Justo es á la verdad que no prevalezcan actos tan infames; pero dudo yo que pueda llegar el caso de que se realicen; porque prescindiendo del afecto que hemos de suponer entre cónyuges ¿puede creerse que haya uno tan vil que quiera perjudicarse por perjudicar á su muger, supuesto que no puede hacer lo uno sin lo otro? Mas sea de esto lo quiera, para que la nulidad del acto pueda tener lugar, será preciso que la muger justifique el ánimo de damnificarla, lo cual parece muy difícil porque se trata de un acto interno. Por lo mismo entretanto deberá suponerse por regla general el buen proceder del marido. En lo demás recuérdese que para hacer estas enagenaciones de bienes raices he establecido antes la necesidad de consultar á la misma muger; y esto evitará los peligros de la demasiada libertad del marido.

La causa de la administracion de bienes concedida al marido es el mismo matrimonio; por consiguiente ella debe cesar luego que se disuelva el enlace. Por la disposicion testamentaria dis-

tribuye uno sus bienes para despues de su muerte, es decir, para una época en que el matrimonio queda disuelto, y en que la muger se hace plenamente propietaria de la mitad de los bienes adquiridos durante él. Así, si se diese al marido la facultad de distribuir los bienes gananciales por testamento, se incurriria en la contradiccion de que dispondria en circunstancias en que la ley por otro lado no le ha dado la administracion, porque se sabe que los testamentos no empiezan á tener su efecto hasta la muerte del testador. Por otra parte es claro que la disponibilidad de bienes comunes por última voluntad concedida al marido perjudicaria considerablemente á la muger. Aquel podria esparcir profusamente en mandas cuantos bienes hubiese en el matrimonio, siendo ya una época en que le seria imposible gozarlos por mas tiempo, cuyo peligro cesa en las enagenaciones entre-vivos, las cuales tienen su efecto en vida del disponente.

Realmente es de presumir que cada cual es cuerdo por sus intereses, y que en lugar de disiparlos tratará antes bien de aumentarlos; pero como el esposo no puede ejercer sus liberalidades sin que al mismo tiempo se disminuya su patrimonio, claro es que esto le contendrá. Así, parece que no puede haber inconveniente en conceder al marido la facultad de donar en vida á favor de parientes. Sin embargo, la afición á éstos, cuando sean cercanos, puede ser superior al deseo de conservar los intereses pecuniarios, y otras mil causas que no le moverian respecto de otros, pueden impelerle á hacer donacion en favor de ellos. Así, se puede pensar si seria tal vez acertado el negar el derecho de hacer donacion de bienes comunes á favor de éstos, como los padres, hermanos y sobrinos, sin

incluir por supuesto á los hijos que por ser parientes en igual grado de ambos cónyuges, por el no menor cariño que la madre les ha de profesar, y porque al fin han de ser sus herederos, no admiten tal objecion. A esto responderé con un principio general. En mi concepto, aquellas solas donaciones del marido deben salir del cúmulo de bienes gananciales, para cuyo otorgamiento la persona donataria haya hecho servicios ó beneficios reales, efectivos, directos y de importancia á favor de ambos esposos; y aun entonces en prueba de esto no seria malo que interviniese tambien la misma muger. En otro caso, ¿por qué ha de pagar ésta los caprichos de su marido, ó los servicios que privativamente se le han hecho? Las liberalidades cuadran sin duda muy bien cuando se verifican de bolsillo propio, mas no hay razon para tener facultad de ejecutarlas á costa ajena.

Tres son los modos que se esplican para la disolucion de la sociedad conyugal, á saber: muerte, confiscacion y separacion, son sencillos y acomodados á las razones en que se funda la comunidad. La confiscacion está prohibida por el art. 147 de la Constitucion federal. A la sociedad conyugal da causa el matrimonio, y nada mas natural que cesado éste, cese tambien aquella que es su efecto. Por tanto, consecuencia del mismo principio es que deben tener en proporcion de sus propios capitales las ganancias ó pérdidas que se hagan por el cónyuge superstite y los herederos del difunto, cuando vivan en comunión sin hacer division de bienes. La adquisicion por mitad entre cónyuges, se fundó en la unidad de personas, unidad de intereses, igualdad de derechos y obligaciones; mas aquí faltan todas estas razones, y aunque se quiera suponer entre ellos una sociedad, no podemos concep-

tuarla como continuacion de la anterior. Será pues una nueva que se habrá introducido tácitamente, y como tal debe ser regida por las reglas de las demás sociedades mercantiles.

Segun entiendo, la separacion de los cónyuges de la cohabitacion, es una ruptura total de cuerpos é intereses, y no se diferencia del divorcio mas que en la prohibicion de contraer otro matrimonio. Por consiguiente, no debe obligarse al causante esposo de aquella á comunicar con el otro la mitad de ganancias que haga despues de separados. Si pues como he dicho antes, á la participacion de ellas da causa el enlace, aquí podemos suponerlo como no existente; si aquella se funda en la unidad de personas, aquí vemos que falta esta razon; si la he apoyado en la igualdad de intereses, es claro que son distintos. ¿Creeráse por ventura que el cónyuge así obligado se empeñará mucho en aumentar bienes, de que por parte ha de disfrutar otro á quien tal vez aborrece? Es claro que ó no hará ahorros ó que los ocultará, que es otro inconveniente. Por estas consideraciones la doctrina contraria no va en mi entender conforme con los principios antes asentados, ni con el general de la utilidad. Si ella se establece como una pena y freno para los malos esposos, y en concepto de una indemnizacion de las injurias que haya podido causar, aun por este lado no parece justa; porque ni siempre se conseguirá aquel objeto, ni en todos los casos guardará proporcion con las exigencias de la otra. No resultando adquisiciones, queda sin efecto lo uno y lo otro, y siendo ellas cuantiosas podrá haber en esta adjudicacion mucha desproporcion: otra clase de retribuciones llenará sin duda mejor estas excelentes miras de la ley.

Supuesto que el marido solo es quien administra los bienes comunes y privativos de él y de su mserger, y ya que ésta no interviene en ello, encuentro muy bien el que ella, si no quiere esponerse á los azares del comercio, pueda renunciar á toda ganancia ó pérdida que pueda haber, contentándose por consiguiente con sacar á su tiempo la cantidad que introduzca. Que esto lo pueda hacer al tiempo de celebrar el matrimonio, ó antes en el contrato espontalicio, nada mas justo, pues que cualquiera puede establecer al otorgar un convenio las condiciones que le parezcan; pero reservársele este derecho para durante el matrimonio, y aun mas despues de disuelto, no veo en qué puede fundarse. En efecto, debe darse á los esposos igualdad de derechos y obligaciones; debe procurarse interesarlos en el aumento de bienes; en fin, debe tratarse de fundar la union en la buena fé, que si es tan necesaria en todas sociedades, lo es mas en la presente. ¿Y se conservarán estas buenas disposiciones desde que concedemos á la muger un derecho tan excesivo? ¿La condicion del marido no será perjudicada estraordinariamente, y destruidos los principios de igualdad de derechos, de intereses en la prosperidad doméstica y de buena fé?

Pero en fin enumerémos los males de esta medida. Primer inconveniente: la muger no puede empeorar su suerte, esto es, tener desfalco en sus cosas; pero sí mejorarla; porque si ella vé que el matrimonio prospera no hace renuncia, mas si cuando conciba lo contrario. En el primer caso las utilidades se dividen por mitad; en el segundo el marido solo sufre todas las pérdidas. ¿No podremos llamar á esta sociedad cuasi-leonina? Segundo inconveniente: sabiendo la muger que sus bienes no han de tener disminucion por

pérdidas que haya en el matrimonio, mediante la renuncia que hará en tal caso, no formará escrúpulo en consumirlos y disiparlos; por consiguiente faltará un freno para las profusiones, y resultará una tendencia á consumos improductivos. Tercer inconveniente: vé el marido que en caso de haber ganancias debe comunicar su mitad á la muger; y que en caso de pérdidas él solo responderá de ellas; por lo mismo desde luego tachará de injusto el contrato, y él mismo procurará igualar las condiciones aparentando no haber ganancias, ó que tal vez hay pérdidas, lo cual le obligará á simulaciones. Y si la muger llegase á conocer estas ocultaciones de parte del marido ¿no haría ella otro tanto? He aquí introducido el desórden y la mala fé, tan agenos de un

buen matrimonio. Resulta de todo que la ley ha tenido empeño de favorecer á las mugeres en esta parte. Esto es loable en sí, mas no basta para que la disposicion sea justa: es menester considerar si por otro lado ofrece inconvenientes superiores, y esto es lo que en mi concepto sucede aquí evidentemente.

Las adquisiciones matrimoniales son aumento á los bienes privativos de los cónyuges debido á su industria, y que se hace de pertenencia particular en el momento en que se disuelve la union: á esto es consiguiente que cada cual puede disponer de ellas lo mismo que de los demás bienes. Su privacion por los delitos ó faltas está ordenada por via de pena, la cual es tanto mayor cuanto sean mas las adquisiciones hechas.

TITULO 6.º

De la patria potestad y de sus efectos civiles.

CAPÍTULO I.

DE LA NATURALEZA DE LA PATRIA POTESTAD, Y DE LAS OBLIGACIONES DE LOS PADRES RESPECTO DE SUS HIJOS LEGITIMOS.

1. Razon del método.
2. ¿Qué es patria potestad y á quién corresponde?
3. Obligaciones de los padres: 1.ª la mantencion de los hijos.
4. ¿En qué casos cesa la obligacion de los padres de mantener á sus hijos?
5. 2.ª Obligacion de los padres: la educacion.

1. La patria potestad es un efecto del matrimonio; por eso he hablado antes de éste que de aquella, abrazando en el mismo tratado el de los bienes de la sociedad conyugal, que no podria separarse del primero sin faltar al buen orden que debe guardarse en el enlace de las doctrinas. Ahora trataré de la patria potestad y de sus efectos civiles, explicando en los títulos siguientes los otros dos mo-

dos de constituirla, aunque menos usados, á saber: la adopcion y la legitimacion.

2. Por patria potestad se entiende la autoridad y los derechos que da la ley al padre sobre sus hijos legítimos, mas no á la madre (1); y aunque por el derecho de las Partidas se ampliaba este poder á

(1) Leyes 1, 3 y 5, tit. 19, part. 4.

los nietos y demás descendientes legítimos, está derogada esta disposición por la ley 47 de Toro, que es la 3, tit. 5, lib. 10, Nov. Rec.; la cual dispone que el hijo ó hija casados y velados (1), se tengan por emancipados en todas las cosas para siempre; y por esta razón no puede el abuelo sustituir pupilarmente á sus nietos.

3. Es obligación de los padres la de alimentar á sus hijos, no solo á los legítimos, sino á los ilegítimos; pero aquí me limitaré á los primeros, reservando para su oportuno lugar todo lo relativo á los segundos. Es propia y exclusiva de la madre la obligación de alimentar á sus hijos en los tres primeros años de su vida, y desde esta edad en adelante corresponde al padre, á menos que éste fuere pobre y aquella rica, en cuyo caso se costearán los alimentos de los bienes de la misma. En caso de divorcio la obligación de mantener á los hijos de cualquier edad que sean, corresponde al que hubiere dado causa al divorcio, y el consorte inocente los tendrá bajo su inspección y vigilancia. Si los padres carecieren de bienes, la obligación de mantener á sus hijos recae en los abuelos; debien-

do advertir que esta obligación de alimentar es recíproca entre ascendientes y descendientes (1). Por alimentos se entiende, no solo lo estrictamente necesario para subsistir, sino el vestido y lo demás que fuere preciso atendida la condición del alimentista, y del que ha de prestar los alimentos.

4. La obligación de alimentar á los hijos y éstos á los padres cesa en los casos siguientes: 1.º Teniendo el interesado medios propios de que subsistir: 2.º Cuando el que recibe los alimentos comete el delito de ingratitud en asunto grave, procurando la muerte, deshonor ó pérdida de bienes del alimentante (2). En cuanto á lo que deberá practicarse cuando uno demanda á su padre para que le mantenga y éste niega ser su hijo, véase el final, tit. 19, part. 4.

5. Además de los alimentos deben los padres dar á sus hijos la educación correspondiente á su clase, instruyéndolos en los principios de la religión y la moral, y proporcionándoles la enseñanza de alguna profesión científica, arte ú oficio, con que algun día se procuren su subsistencia y sean útiles á su patria.

CAPÍTULO II.

DE LOS DERECHOS QUE DA LA PATRIA POTESTAD, RESPECTO DE LOS HIJOS Y DE SUS BIENES.

1. Facultad que tienen los padres para servirse de sus hijos, sin que éstos tengan derecho á exigirles salario.
2. Derecho de corrección y de castigo correccional.
3. Derecho de poner en aprendizaje á sus hijos.
4. Derecho del padre sobre los bienes de los hijos, y especies del peculio correspondiente á éstos.

1 En uso de la patria potestad, y co-

(1) Como en el día no hay entre nosotros matrimonios clandestinos, pues han de celebrarse ante el párroco y testigos según lo previno el concilio de Trento, bastará el matrimonio sin la velación para el efecto civil expresado en el § á que se refiere esta nota.

mo remuneración de los cuidados, vigili-
lias y alimentos que deben prestar los pa-
dres á sus hijos, tienen la facultad de

(1) Leyes 4 y 5, tit. 19, part. 4.

(2) Leyes 5 y 6, del mismo tit.

servirse de éstos en sus artes, oficios ú otras ocupaciones lícitas y honestas, sin pagarles salario, ni tener el hijo derecho á exigir retribucion alguna, puesto que el padre satisface plenamente al objeto de la sociedad doméstica manteniendo y educando debidamente á su familia (1).

2. La misma patria potestad da al padre derecho para corregir á sus hijos cuando falten á sus deberes, y aun castigarlos siendo las faltas de gravedad. Esto sin embargo requiere suma prudencia; pues á veces son mas eficaces los medios de la persuacion y de la templanza, que los del rigor y la violencia, en especial para jóvenes de cierto carácter. Debe, pues, el padre estudiar bien la índole de sus hijos, dando á todos la conveniente direccion por medio de una buena educacion, religiosa y moral, castigando al díscolo ó vicioso con privaciones de algunos goces ó recreos; mas bien que con golpes los cuales producen malos efectos física y moralmente. Y cuando los excesos del hijo fueren muy graves, y no bastare á contenerlos la autoridad paterna, deberá acudir á la autoridad pública para que ponga el oportuno remedio.

3. Puede así mismo el padre poner en pupilage á sus hijos con maestros que les enseñen alguna ciencia, profesion ú oficio; y éstos tienen obligacion de darles una instruccion completa, pudiendo á este fin corregirlos, y aun imponerles castigos, pero sin lastimarlos, so pena de pagar en tal caso el daño que hicieren (2). De esta clase de contratos suelen hacerse escrituras con varias estipulaciones.

4. Veamos ahora cuales son los derechos de los padres respecto de los bienes que constituyen el peculio de los hijos.

Son estos bienes de cuatro clases, á saber: profecticios, adventicios, castrenses y casi-castrenses: profecticios son los que adquieren con el caudal de sus padres, ó por consideracion á éstos, ó procedentes de su línea en los cuales tienen los referidos padres el derecho de propiedad, la posesion y el usufructo; como si fuesen propios, por cuanto los han adquirido sus hijos en virtud de la patria potestad (1). Adventicios son los que adquieren los hijos con su industria, ó por donacion y herencia de sus madres, de algun pariente de éstas ó un extraño, ó bien accidentalmente, como en la lotería, hallazgo de algun tesoro &c. El usufructo de estos bienes corresponde al padre en virtud de la patria potestad; pero la propiedad es esclusivamente de los hijos; por consiguiente, el padre está obligado á defenderlos en juicio, á conservarlos íntegros, y á restituirlos á sus hijos cuando se casen; y si se mantienen solteros, conservarán el usufructo de ellos mientras dure este estado (2). Los *castrenses* se llaman así, porque este adjetivo se deriva del sustantivo latin *castra* que es lo adquirido en la milicia, y tambien lo ganado en servicio del soberano. Casi-castrenses se llaman los bienes adquiridos en diferentes empleos ó carreras del Estado. En estos dos peculios la propiedad, la administracion y el usufructo son exclusivamente de los hijos; sin que á aquellos tengan derecho alguno el padre, la madre ni otro pariente; así es que los hijos pueden disponer de ellos libremente durante su vida (3): aunque en su última disposicion han de arreglarse á lo que previene la ley 6 de Toro. Los *casi-castrenses* (cuyo nombre se les da por se-

(1) Ley 9, tit. 20, part. 4.
(2) Ley 11, tit. 8, part. 4.

(1) Ley 4, tit. 19, part. 4.
(2) Leyes 5 y 6, tit. 16, part. 4.
(3) Ley 9, tit. 20, part. 4.

mejarse á los castrenses) son los que ad- del oficio público y honorífico que ejer-
quieran los maestros que enseñan públi- cen: en todos éstos tiene el hijo igual do-
camente alguna ciencia, y lo que ganan minio que en los castrenses (1)
los jueces, escribanos y otros por razon

TITULO 7.º

De la legitimacion de los hijos espúrios no legitimados.

CAPÍTULO I.

DE LA LEGITIMACION.

1. De los diversos modos de legitimar.
2. ¿Cuáles hijos pueden ser legitimados?
3. De la legitimacion por subsiguiente matrimonio, y de sus efectos.
4. Aclaracion de algunos casos relativos á la legitimacion por subsiguiente matrimonio.
5. La legitimacion se verifica no solo respecto de los hijos, sino tambien de los nietos en el caso que allí se espresa.
6. De la legitimacion por gracia ó concesion del soberano.
7. Efectos que produce esta legitimacion.

1. Las leyes romanas establecen tres modos de legitimar, esto es: por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la curia y por rescripto del príncipe; y aun algunos de los intérpretes de aquellas añadieron otro, á saber: en el caso de que el padre en su testamento ó en otro instrumento firmado por tres testigos declare á alguno por hijo suyo. Las leyes 4 y siguientes del tit. 15, part. 5, siguiendo las romanas hablaron espresamente de la legitimacion por ofrecimiento á la curia y por instrumento público. No obstante, el primero de estos dos modos no está en uso, ni es compatible con el actual sistema municipal de los pueblos; y en cuanto al segundo opina Greg. Lop. en glos 7, de dicho tit. 15, part. 4, que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que verdadera legitimacion. Así que en rigor solo hay dos modos de legitimar, esto es, por subsiguiente matrimonio, ó por gracia ó autorizacion del soberano.

2. Antes de proceder á la explicacion de aquellos dos modos de legitimar, conviene advertir que solo pueden ser legitimados los hijos naturales, entendiéndose por tales hijos, aquellos cuyos padres hubieren podido contraer matrimonio sin dispensa al tiempo de la concepcion ó del nacimiento de los mismos, siempre que el padre los reconozca, aunque no haya tenido en su casa á la muger en quien los engendró, ni sea una sola (2). Los demás hijos ilegítimos se llaman espúrios, y de ellos trataré adelante.

3. El primer modo de legitimar, y el que produce plenos efectos, es el que se verifica por el matrimonio subsiguiente al nacimiento del hijo natural, haciéndose éste tan legítimo como si hubiera nacido despues de casados sus padres. Por consiguiente hereda igualmente que los legítimos, y goza de los demás derechos

(1) Ley 11, tit. 8, part. 5.

(2) Ley 1, tit. 5, lib. 10, N. R.

correspondientes á éstos sin diferencia alguna (1). No sucederá sin embargo así ni se verificará la legitimación, si se casaren los padres mediando alguno de los impedimentos que anulan el matrimonio.

4. No obstante lo dicho al fin del § anterior, si el impedimento que tenían los padres al tiempo de la concepcion del hijo natural, se hubiese removido al nacer dicho hijo, y se realiza despues el matrimonio de aquellos, habrá legitimación y producirá todos sus efectos; porque segun la ley basta que en uno de aquellos dos tiempos, esto es, el de la concepcion ó el del nacimiento del hijo, estén sus padres libres de impedimento canónico para contraer matrimonio. Lo mismo sucederá cuando los padres no teniendo impedimento se casan en artículo de muerte de uno de ellos, aunque no haya esperanza de tener sucesion, porque esto no es esencial en el matrimonio.

5. La legitimación de un nieto por subsiguiente matrimonio, puede tener lugar en el caso siguiente: cuando el abuelo se casa con la concubina en quien tuvo el hijo natural, despues de la muerte de éste; porque el tal matrimonio se considera como hecho en vida del mismo, y produce para el nieto los mismos efectos

que hubiera producido para el hijo (1).

6. El segundo modo de legitimar, es el que se verifica por concesion del Soberano ó gracia que se llamaba *al sacar* (2). Tiene esto lugar en dos casos: 1.º Cuando á solicitud del mismo padre se concede al hijo la gracia de que sea tenido como de legítimo matrimonio: 2.º A petición del propio hijo, cuando el padre, no teniéndolos legítimos, hubiere instituido al natural por heredero legítimo, y éste acude al Soberano para que declare válido dicho testamento; en cuyo caso si el Monarca accediere á esta solicitud, se verifica la legitimación. Entre nosotros este modo de legitimar, que tambien se llama por rescripto del príncipe, lo ejecuta el congreso espidiendo al efecto una ley, previos los trámites de estilo.

7. La legitimación hecha con autorización soberana, solo produce efectos civiles, que son principalmente los que siguen: 1.º Dar al legitimado el derecho de sucesion á falta de hijos legítimos, y legitimados por subsiguiente matrimonio, como se dirá mas estensamente en su oportuno lugar: 2.º Hacerlo participe de los honores y prerogativas del padre: 3.º El ejercicio de la patria potestad.



CAPÍTULO II.

DE LOS HIJOS ESPURIOS NO LEGITIMADOS.

1. ¿Cuántas clases hay de hijos espúrios?
2. Obligaciones de los padres respecto de estos hijos.

1. Además de los hijos naturales que pueden ser legitimados, hay otros ilegítimos de peor condicion, de los cuales me ha parecido conveniente hablar aquí, para manifestar los respectivos derechos y obligaciones de ellos y sus padres. Distingúense los hijos espúrios en varias clases, á saber: 1.º Adulterinos, que son los ha-

(1) Ley 1, tit. 13, part. 4.

(1) Leyes 9, tit. 15, part. 4 y 7, tit. 20, N. R.
(2) Ley 4, tit. 15, part. 4.

bidos en muger casada por hombre que no es su marido, ya esté ó no casado con otra, á los cuales la ley 9 de Toro llama tambien de dañado y punible ayuntamiento; porque la madre incurria en pena de muerte natural. Llámanse tambien adulterinos por ampliacion, los que el casado tiene en muger viuda ó soltera; á los cuales se ha dado mas propiamente el nombre de bastardos: 2.º Incestuosos, que son los procedentes de personas enlazadas con el vínculo del parentesco dentro del cuarto grado, ya sean solteras, ya casadas sin la debida dispensa: 3.º Sacriléjos, que son los procreados por personas ligadas ambas, ó al menos una de ellas con voto solemne de castidad: 4.º Manceros ó mancillados, son los que nacen de ramera y de padre desconocido, á quienes se llaman propiamente espúrios (1).

2. Aunque ordinariamente no concede la legitimacion á los ilegítimos de que se habla en el párrafo anterior, el padre pue-

de reconocerlos, y si lo hiciere, estará obligado á darles alimentos como á los legítimos. La madre siempre estará obligada á alimentar á sus hijos ilegítimos de cualquier clase que sean; porque como dice muy bien la ley, en cuanto á ella no puede haber duda, y es preciso que sepa cuales son sus hijos, no así el padre, á menos que los reconozca (1). Aunque hecho este reconocimiento, no ejerza el padre la patria potestad como sobre los legítimos, la misma naturaleza le impone la obligacion de educarlos y proporcionarles la enseñanza de algun oficio ó carrera, con que puedan proporcionarse el medio de subsistir y no sean unos individuos perjudiciales á la sociedad. En cuanto á la sucesion que pueda corresponder á los espúrios, en los bienes de su padre ó madre, se dirá en otra parte lo que está dispuesto en nuestras leyes, por no ser este lugar oportuno para tratar semejante materia.

TITULO 8.º

De la adopcion.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. ¿Qué es adopcion?
2. Dos clases de adopcion.
3. Requisitos de una y otra.
4. ¿Quiénes no pueden adoptar ni ser adoptados?
5. Efectos de la adopcion y de la adrogacion.
6. De la adopcion de los espósitos y huérfanos abandonados por sus padres.

1. La adopcion es un acto legal por el cual se supone hijo al que no lo es naturalmente (2). Llámase tambien pro-hijamiento, y es un modo de adquirir la patria potestad, aunque no en todos los

casos de adopcion, segun se verá mas adelante. Entre nosotros es poco usada la adopcion que se tomó de la legislacion romana.

2. La adopcion es de dos clases, á saber: 1.ª La que propiamente se llama así,

(1) Ley 1, tit. 15, part. 4.
(2) Ley 1, tit. 16, part. 4.

(1) Leyes 5 y 6, tit. 19, part. 4.

y es cuando con intervencion de la autoridad judicial se toma por hijo al que tiene padre natural y legítimo (1): 2.º La que se llama adrogacion, y es cuando con autorizacion del Monarca se reducen á patria potestad, los que están fuera de ella (2). Resulta de lo dicho que el prohijamiento es una palabra genérica, que abraza las dos especies de adopcion, y que yo hubiera usado en lugar de esta voz para el epígrafe del título, si no estuviera la última empleada en los cuerpos legales, y por todos los autores.

3. Para la adopcion rigurosamente hecha, son necesarios los requisitos siguientes: 1.º La intervencion judicial como ya indiqué: 2.º El consentimiento del padre natural, del adoptante y del adoptado, bastando que el de éste sea tácito, esto es, que consienta la adopcion sin contradecirla. Para la adrogacion se requiere: 1.º El consentimiento del adrogador y del adrogado: 2.º Conocimiento de causa acerca de la utilidad que resulta al adrogado (3), y la obligacion que ha de otorgar el adrogador de restituir los bienes de aquel á sus legítimos herederos, si muere antes de la pubertad.

4. No pueden prohijar las personas siguientes: 1.º Las mugeres, á no ser que hayan perdido algun hijo en la guerra, y aun así necesitan licencia del Soberano para hacerlo (4): 2.º El tutor ó curador á su pupilo, y solo cuando éste haya cumplido veinticinco años podrá adrogarlo con soberana autorizacion (5): 3.º Los impotentes ó naturalmente incapaces de engendrar; pero los que habiendo sido capaces, hubiesen perdido por algun

accidente esta capacidad, podrán prohijar (1): 4.º El que no exceda de diez y ocho años por lo menos á la edad del adoptado, y en treinta y seis si le adoptase por nieto (2): 5.º El que aun está bajo la patria potestad (3). No puede ser adrogado el menor de siete años, por carecer de la conveniente capacidad para consentir.

5. Si el prohijamiento fuere por via de adopcion, no adquirirá el adoptante la patria potestad, á menos que sea ascendiente del adoptado (4): aun en este caso el adoptante podrá con causa ó sin ella, emancipar al adoptado, y éste volverá al poder de su padre natural. Al contrario, cuando el prohijamiento se hace por via de adrogacion, pasa el adrogado á la patria potestad del adrogador, y no podrá ser emancipado, ni desheredado sin justa causa, á saber: ó por injuria grave hecha al adrogador, ó por haber sido nombrado heredero con la condicion de salir del poder del prohijante (5). Además de la patria potestad, adquiere el adrogador sobre los bienes del adrogado, iguales derechos á los que tienen los padres legítimos sobre el peculio adventicio de sus hijos (6). Si por justa causa emancipare ó desheredare al adrogado, habrá no obstante de devolverle sus bienes; pero si lo hiciere sin motivo, además de éstos, le entregará las ganancias que hubieren producido, excepto el usufructo de todo (7). Acerca de los derechos hereditarios correspondientes á los adrogados, se hablará en su lugar oportuno.

6. Hay otra clase de adopcion mas

(1) Ley 7, tit. 6, part. 4.
(2) Leyes 7, tit. 7 y 1, tit. 16, part. 4.
(3) Las mismas leyes.
(4) Ley 2, tit. 16, part. 4.
(5) Ley 6, tit. 16, part. 4.

(1) Leyes 2 y 3, tit. 16, part. 4.
(2) Dicha ley 2.
(3) Ley 4, tit. 16, part. 4.
(4) Leyes 9 y 10, tit. 16, part. 4.
(5) Ley 7 del mismo.
(6) Ley 7, tit. 7 y 1, tit. 16, part. 4.
(7) Leyes 7 y 8, tit. 16, part. 4.

frecuente entre nosotros, y es la que ejecutan las personas benéficas y caritativas, prohibiendo espósitos y huérfanos abandonados por sus padres. Acerca de este punto conviene tener presente la constitucion 24 de las formadas para el mejor gobierno y direccion de la casa de Sr. S. José de niños espósitos de esta ciudad de México por el Sr. arzobispo Haro y Peralta, aprobadas y mandadas ejecutar en cédula de 19 de Julio de 1774. En ella se dispone que: „las personas que hubieren de prohibir niños ó niñas de esta casa han de ser de buena opinion, han de tener algunas conveniencias, y no han de ejercer los oficios mas bajos y han de hacer escritura de prohibicion en la forma acostumbrada ante el escribano de la casa; y hecho el concierto y traída razon del escribano de estar otorgada la escritura, se anotará la prohibicion al márgen de la partida de recepcion de la criatura prohibida y en el libro al folio de su última cuenta; lo cual ejecutado entregará el capellan la escritura al prohibiente advirtiéndole la obligacion de justicia que ha contraído de alimentos, y educar aquella criatura por todos los dias de su vida, como si fuere su hijo legítimo, quedando del cargo del capellan procurar que á la criatura prohibida se le guarden sus derechos. Y porque estas prohibiciones nunca han de ser en perjuicio de la criatura, se observará que si por muerte del prohibiente, ó porque se reduzca á tal pobreza no pueda mantener á la criatura prohibida, ó por otro motivo viniere la prohibicion á ser en daño de la criatura; se la restituirá á la casa y se cuidará como á los demás que no estén prohibidos.” En la citada cédula de aprobacion con referencia á la constitucion 28 que habla de los espósitos que murieren sin testar y no tuvieren hijos, se ordena: „que los espósitos de ambos sexos que sean de padres no conocidos y que murieran sin testamento tengan por heredero forzoso á la enunciada casa, haciéndole ésta los sufragios prevenidos: que si muriesen con testamento, puedan solo disponer de la tercera parte de sus bienes quedando las dos restantes como legítima á la misma casa; y en el caso de que se les haya adoptado y prohibido, sin haber reintegrado á la casa los gastos de su crianza y educacion causados hasta entonces, deberá observarse la propia regla, y heredar la casa *ahintestato* ó con testamento, segun y en los términos que respectivamente va declarado; pero si al sacarlos indemnizasen á la casa los padres adoptivos naturales ó legítimos, les quedará la libertad de testar y disponer de sus bienes libremente con arreglo á las leyes y de que les hereden conforme á ellas muriendo *abintestato*.

TITULO 9.º

De los medios de disolver la patria potestad, y en especial de la emancipacion.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. Diversos modos de disolverse la patria potestad.
2. De la emancipacion y de los diversos modos con que puede verificarse.
3. De la emancipacion legal ó por medio del matrimonio y de sus efectos.
4. De la emancipacion voluntaria y de sus efectos.
5. De la emancipacion forzosa.

1. La patria potestad se disuelve: 1.º Por muerte natural del padre ó del hijo, siendo evidente que por este medio cesan todas las obligaciones y derechos personales no trasmitibles á los herederos (1); 2.º Por muerte civil, la cual priva al que en ella incurre de todos los derechos relativos al estado de las personas, y de los demás que espresan las leyes (2). Entendiéndose por muerte civil el destierro perpetuo (3); y la profesion religiosa (4); 3.º Por contraer el padre viudo matrimonio sacrilego ó incestuoso sin haber obtenido antes de él la debida dispensa (5); 4.º Por dignidad del hijo (6). Y aunque en el dia no tienen aplicacion las leyes de partida relativas á estas dignidades, por analogia debe suponerse que el hijo se exime de la patria potestad obteniendo empleos que tengan anexa jurisdiccion, ó administracion y manejo de caudales públicos, porque mal podia obrar con la debida independencia en estos importantes destinos el que estuviere sujeto al poder de otro. El último medio de disolverse la patria potestad es la emancipacion del hijo, de la cual voy á tratar separadamente.

2. La emancipacion puede verificarse de tres modos, á saber. 1.º Por ma-

trimonio del hijo, y ésta se llama propiamente emancipacion legal: 2.º Por libre voluntad del padre, á que se da el nombre de emancipacion voluntaria: 3.º Por ser obligado judicialmente el padre á hacer la emancipacion, y entonces se llama ésta forzosa.

3. Es pues la emancipacion legal un acto en virtud del cual los hijos se eximen de la patria potestad por solo el ministerio de la ley. Sucede esto cuando contrae el hijo matrimonio legítimo, en cuyo caso queda para siempre libre de la patria potestad, pudiendo contratar, comparecer en juicio, y practicar judicial ó extrajudicialmente cuanto le ocurra como si no tuviese padre; y aun cuando enviude, no vuelve á estar bajo la patria potestad. Por esta emancipacion adquiere el hijo el usufructo de sus bienes adventicios, que antes pertenecian al padre (1); y si mientras éste viviere los conservare, aun cuando no se los pida el hijo, deben abonárselos los herederos del mismo padre, por suponerse que la reverencia y consideracion á éste, fueron la causa de no pedirlos el hijo, y no una donacion presunta. (2)

4. Emancipacion voluntaria es un acto por el cual mediante la voluntad del padre y del hijo y de la autorizacion correspondiente se disuelve la patria po-

(1) Ley 1, tít. 18, part. 4.

(2) Ley 2, del mismo tít.

(3) Ley 2, id.

(4) Ley 8, tít. 7, part. 1.

(5) Ley 6, tít. 18, part. 4.

(6) Leyes 7 hasta 14, tít. 18, part. 4.

(1) Ley 3, tít. 5, lib. 10, N. R.

(2) Art. 2 de dicha ley.

testad. En premio de esta emancipacion puede el padre retener la mitad del usufructo de los bienes adventicios, que tenia el hijo antes de ser emancipado (1); debiendo advertirse que la emancipacion no ha de ser para una sola cosa ó negocio, sino para todos; y que el hijo de esta manera emancipado, se liberta de tal modo de la patria potestad que no vuelve á ella aun cuando cese la causa porque la obtuvo; á menos que sea ingrato con su padre ó le tratare mal de palabra ó por obra (2).

5. Emancipacion forzosa es aquella en que el padre por alguna de las causas que en seguida se manifestarán, pier-

de la potestad patria, y queda judicialmente emancipado el hijo. A escitacion de éste y con conocimiento de causa se verifica esta emancipacion en los casos siguientes: 1.º Cuando el padre castiga cruel é inhumanamente á su hijo: 2.º Cuando trata de pervertirlo ó prostituir á sus hijas: 3.º Cuando recibe algun legado bajo la condicion de emancipar: 4.º Cuando despues de haber adrogado al hijastro mayor de catorce años, disipa los bienes de éste. Es de advertir que no obstante ser forzosa la emancipacion, el padre natural y legítimo conserva los mismos derechos que en la voluntaria.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

acerca de los diferentes títulos de patria potestad.

PATERNIDAD.

Visto el título del matrimonio pasamos ahora al de la patria potestad, entre cuyas disposiciones se encuentra una que el hijo nacido de una muger casada tiene por padre legal al marido. Es una cosa, no digo del todo imposible, sí á lo menos de las mas difíciles que un marido sepa con certeza que el hijo que pare su muger es suyo y que ningun otro tiene parte en su procreacion. En tal incertidumbre, supuesto que la verdad completa es inaveriguable, la ley en honor del matrimonio, en bien de la familia y en obsequio de la tranquilidad doméstica, debe acudir á presunciones generales, é interponiendo su autoridad declarar por verdadero padre y único autor del recién nacido al que indica el matrimonio.

¿Qué seria si omitiendo esta regla sencilla y reconocida por todas las naciones civilizadas, se diese lugar á inspecciones de facultativos ó matronas, y se dejase á su juicio la declaracion de la paternidad? Prácticas indecentes ofenderian continuamente la pureza de las costumbres: ¿y podria confiarse en sentencias tan inciertas y tan infundadas? Sin embargo, como la presuncion debe ceder siempre á la verdad y á otra presuncion mas fuerte, la ley deberá desviarse de la regla establecida cuando se prueba claramente que en efecto la criatura no es del matrimonio. Esto sucederá siempre que ocurran algunas circunstancias particulares señaladas por la misma que destruyan la presuncion general.

A la verdad esto es muy interesante. Conviene tomar medidas para evitar que una viuda recoja los frutos de un amor ilícito, que ha tenido despues de la muer-

(1) Leyes 4, tit. 17 y final, tit. 18, part. 4.

(2) Las mismas leyes.

te de su marido; es necesario impedir que cubriendo ella con la ley este delito, pueda hacer que la prole que nazca de esta union herede á su esposo; debe procurarse el que una soltera que se halle en cinta de su cortejo, no pueda pensar en cubrir su deslíz casándose con otro, y trastornando así la quietud doméstica. Pero es claro que todos estos gravísimos males resultarán si una criatura debiese considerarse legítima en todos los casos en que naciese constante matrimonio. Ya lo he dicho, la regla legal no se funda mas que en una presuncion, y ésta debe hacer lugar á otros hechos establecidos por la misma ley, que convengan lo contrario de aquella. ¿Pero dónde los hallaremos? Donde se ha fundado para decir que el feto humano resulta de la union del hombre con la muger, y que nace ordinariamente al cabo de nueve meses de concebido. La medicina, pues, es la que nos debe guiar en esta materia.

Si fuera conforme entre los autores que han escrito sobre ella, la opinion acerca del tiempo de la duracion de la preñez desde la concepcion al parto, me seria sin duda fácil establecer desde qué tiempo ó hasta qué tiempo se le ha de considerar ilegítimo; pero los hechos varían, y por consiguiente tambien los pareceres de los médicos en fijar una regla. En efecto, hay quienes nos aseguran por una parte, haber tardado en nacer algunas criaturas hasta un año; por otra parte, que ha habido partos tan prematuros que habiéndose verificado á los cinco meses, han llegado á vivir por mucho tiempo. Sin embargo, no se puede menos de decir que estos hechos son muy raros, y que lejos de hacer regla, deben al contrario considerarse como excepciones de ella. Así, se asegura que los nacimientos capaces de vida mas ordinarios, tienen lu-

gar desde los siete hasta los diez meses cumplidos. Por consiguiente ésta me parece que debe ser la regla que ha de guiar al legislador, declarar por ilegítimas las criaturas que nazcan despues de cumplidos diez meses desde la muerte ó última cohabitacion del marido, y las que tengan lugar antes de completos siete meses despues del casamiento. Esto último se entenderá si no hay otras sospechas establecidas por la ley, mediante las cuales se crea que el marido es el verdadero autor de la prole. Sin duda que esto no se halla exento de inconvenientes; habrá tal vez casos en que un hijo legítimo sufrirá la nota de ilegal, y será perjudicado considerablemente; pero calcúlense los males contrarios, y se verá que éstos son mucho mayores que los primeros.

Aun estas disposiciones no bastan, y se vé en nuestra legislacion un vacío que merece tomarse en consideracion. Una viuda puede volverse á casar al cabo de uno, dos ó pocos dias antes de los tres meses de la muerte de su marido, y parir dentro de los diez de su viudedad. Es claro que segun lo espuesto puede ser considerado como hijo del primer marido, pues que ha nacido antes de completar los diez meses requeridos; y puede tambien tenérsele como del segundo marido, pues que ha nacido despues de completos los siete meses desde la celebracion del matrimonio. Para cortar esta dificultad ¿prohibirá la ley á la viuda contraer nuevo enlace hasta que pasen diez meses desde la disolucion del anterior? ¿O dejará la decision de á cuál de los dos maridos pertenece la criatura á juicio de facultativos? El primer medio me parece el menos malo, y es el que adoptó el código de Napoleon: este es asunto que merece reflexionarse atentamente.

La impotencia física de procrear es o-

tra de las causas que pueden destruir la presuncion legal de la legitimidad; y esto es indudablemente bien. En efecto no puede haber procreacion mientras el marido sea incapaz para el coito carnal, y por lo mismo es claro que los hijos que la muger tenga durante la union de tal hombre son de fuera del matrimonio. Esto no solo será así cuando el vicio del marido sea anterior á la celebracion de éste; sino tambien cuando habiéndolo adquirido despues, pasan diez meses completos desde entonces. Las razones que acabo de esponer, para conceptuar por ilegítimos á los que nazcan despues de los diez meses de muerto el marido, se fundan en que dos personas que no han tenido cópula no pueden procrear; y como el defecto viril le incapacita para tener este comercio, nos hallamos en el caso de dictar aquí igual medida. Pero alguna debilidad no deberá ser causa suficiente para ello, ni se deberá contentar con una manifestacion cualquiera: para que pueda tenerse á uno por verdaderamente impotente, será necesaria la inspeccion médica y una declaracion de tal. Ya se sabe que muchas veces dos naturalezas capaces por sí dejan de procrear por algun tiempo ó aun absolutamente, sea por la diversidad de edades, temperamentos ú otras causas ajenas de la misma facultad de engendrar.

Negando la ley su sancion á ciertos matrimonios por algunas razones poderosas, es consiguiente que la niegue tambien á la legitimidad de los hijos que nazcan de ellos; que es uno de sus efectos. Esto no es decir que la ley debe considerar á estos hijos como no nacidos de los autores de sus días, pues que no le es dable deshacer lo que la naturaleza ha hecho; pero sí puede privarlos de los efectos que ha atribuido á los que nazcan de una alianza aprobada por ella. En es-

tas razones se funda tambien la disposicion que declara por ilegítimos á los hijos que resulten de un enlace, que aunque al contraerlo se tuvo por arreglado á la ley, aparece despues alguna incapacidad legal; pero aun entonces limita su reprobacion á los que nazcan despues de la aparicion del impedimento. En efecto, la justicia exige que, si bien la ley castigue actos pecaminosos, actos cometidos contra prohibicion ó en fraude de una disposicion, no se estienda su severidad á acciones de buena fé, acciones que parecieron lícitas y conformes á la misma. La de contraer un matrimonio, al tiempo de cuya celebracion no pareció haber impedimento legal, parece debe colocarse en esta clase; y justo es que los hijos que produzca esta union, hasta la aparicion de las incapacidades, se consideren como legítimos. De otra sueste iriamos á castigar un acto inocente, y esto es lo que debe evitar la ley.

CONCUBINATO.

Los impulsos del amor son imperiosos en el hombre, y la naturaleza no dejará de exigirle su satisfaccion: es una deuda que debe pagar para la conservacion de la especie humana. Dos son los medios de cumplir en el estado social esta obligacion natural; el matrimonio legal y el concubinato. Es indudable que el matrimonio es el mejor modo de llenar aquellas necesidades naturales, el mas conforme á la sociedad y el mas conveniente á la familia; pero podrán ofrecerse tambien algunos casos en que el concubinato parezca útil, á saber: cuando no sea posible por circunstancias particulares contraer aquel.

Un hombre jóven, que todavía no ha llegado á concluir su carrera ú oficio, no se halla generalmente en estado de mantener una familia; otro tanto sucede mu-

chas veces al que la ha concluido ya, pero que sus productos no bastan para cubrir estos gastos; la misma profesion no le permite acaso casarse. Se dirá, pues, que si en todos estos casos no se le ha de tolerar, á lo menos el uso de una soltera para un cierto tiempo, es condenar al hombre al celibato, y privarle de los placeres naturales, ó de lo contrario es obligarlo á que, en lugar de una, tenga trato con muchas. Los redactores de nuestras Partidas vieron tambien este último inconveniente, y para evitarlo, aprobaron el concubinato en el título de las barraganas, dando para ello la razon de que es mejor tener una que muchas. Sin embargo, ya se sabe que la Iglesia se ha opuesto siempre á esto, y es la causa de la actual prohibicion.

Mas á pesar de que el concubinato parezca presentar en ciertos casos especiales alguna utilidad, no puede menos de causar tambien el mal de impedir la celebracion de muchos matrimonios legales; y este mal es de consideracion, porque como hemos dicho, la union conyugal es el estado mas adecuado para la satisfaccion de las miras que se proponen los esposos. En efecto los hombres ricos, que se hallen contentos con sus mancebas, apenas tienen interés para casarse; y aun al contrario, hallarán mas ventajas en el concubinato, pues podrán separarse de él cuando quieran, mas no del matrimonio. Así, se apartarán de éste precisamente á aquellos que mas convendria que lo contrajesen, pues que es claro que solo los hombres bien acomodados pueden sostener su moza. ¿Se prohibirá pues el concubinato? Si fuera posible hacerlo, sin duda que la sociedad hallaria en ello algun bien. ¿Mas cómo desviar de esta clase de vida á los que se empeñen permanecer en ella? **Leyes prohibitivas y**

penales no tienen la eficacia que se desearia en semejantes casos, los medios indirectos conseguirán ó se acercarán mejor al fin. Estos pueden reducirse: 1.º A no poner demasiadas incapacidades y trabas de cualquiera especie para el matrimonio: 2.º No honrar el concubinato á la manera que el matrimonio, y al contrario imponer á aquel cierta nota de deshonor: 3.º Procurar la mayor division posible de las propiedades: 4.º No conceder entre padres é hijos naturales los mismos derechos establecidos, respecto de los legítimos: 5.º No alargar demasiado la época de la mayoridad en que será lícito casarse libremente. Todo se dirige á desviar á los hombres del uso de mancebas, é inducirlos á contraer un matrimonio legítimo.

Parece conforme que para ser uno hijo natural debe nacer de entre dos solteros hábiles para contraer matrimonio al tiempo de la concepcion, siendo además ella muger honesta, con lo cual se destituye de este nombre á los que nazcan de una ramera, de una casada, de entre parientes y de otros impedidos. En mi concepto, es muy justo establecer esta diferencia entre los naturales y demás ilegítimos, así como se hace entre los de verdadero matrimonio y aquellos. No hay duda que no es igual la criminalidad en todos los casos; y si bien, respecto de los espúrios pudiera decirse otra cosa, se vé que en cuanto á éstos, ocurre la dificultad de la incertidumbre del padre. La procreacion de los naturales puede ser muy bien efecto de una pasion amorosa, de la irreflexion de la edad juvenil, ó de una debilidad; pero en la de los demás ilegítimos existe siempre un mayor conocimiento, y por consiguiente una mayor falta. La ley puede condescender con la debilidad, pues que admite alguna excusa, no

así con la perbersidad que siempre debe de reprobársela.

Por lo mismo no hallo conforme con estas consideraciones la disposicion que da los derechos de hijo natural al que nazca de padres que no tengan impedimento de casarse al tiempo del parto, aun quando lo tuviesen al tiempo de la procreacion. ¿No es una casualidad agena de ellos, que estando incapacitados al tiempo de ésta, no lo estén en el momento de aquel? ¿No es de todas maneras cierto que ellos consumaron el delito? Pero sin duda el favor de los hijos ha hecho adoptar esta medida. En lo demás parece que seria conveniente conceder los derechos de hijo natural, únicamente quando haya un reconocimiento formal y expreso de parte del padre, ó una declaracion judicial; pues fuera de que esto haria á las doncellas mas contenidas, se evitarian innumerables pleitos perjudiciales á las costumbres públicas, y las continuas zozobras de los hombres. Para esto la misma ley deberia establecer los actos, en virtud de los cuales el juez ha de hacer la declaracion de la filiacion, y no dejarlo al capricho de éste.

El amancebamiento bien justificado, el tratamiento de hijo y algun otro hecho semejante, es el que solamente puede dar fundamento á ella.

QUIÉNES EJERCEN LA PATRIA

POTESTAD.

Nuestro derecho antiguo, tomado del romano, concedia la potestad paterna á los ascendientes, respecto de todos los descendientes en línea recta, por mas que hubiesen contraído matrimonio, á excepcion de las mugeres, cuyos hijos quedaban en la dependencia de sus padres ó abuelos paternos, y no en la de los ma-

ternos. Esta doctrina se fundaba en el principio de que el matrimonio no era un medio de emancipacion; pero en el dia ella está variada por la ley de Toro, segun la cual, el hijo casado y velado sale del poder de su padre. Por tanto, consecuencia de ello es que éste ejerza sus derechos, solamente respecto de los descendientes de primer grado, llamados propiamente hijos: y aun en cuanto á éstos les conservará mientras no se emancipen. Como se vé, el fundamento de esta medida es la emancipacion por el casamiento: ella me parece justa y la apoyaré quando se trate despues del asunto.

Segun antigua disposicion, la madre no ejerce los derechos de patria potestad, sea en vida del marido, sea despues de su muerte, lo cual merece exámen. El poder paterno no atribuye en la sociedad derechos algunos políticos, ni es cargo público que sea propio y privativo de los varones: solo se reduce á una autoridad doméstica establecida á causa de la incapacidad del hijo, y por lo mismo, con el objeto de educarle, dirigirle y prestarle los socorros que necesite. Ella puede considerarse tambien como una retribucion de los cuidados y molestias que se empleen en esto. Me parece, pues, que una madre tiene en la educacion y direccion del hijo, una inmensa influencia y acaso mayor que el mismo padre; porque ella es quien le trata mas de cerca, quien conoce su carácter, y quien inspira en su corazon las primeras ideas en aquella edad tierna tan suceptible de perversion. Así, es menester no confundir la educacion con la instruccion: aquella se adquiere en el interior de la familia, ésta fuera de ella. Por consiguiente, ¿cómo privar á la madre del ejercicio de esta superioridad é influencia tan natural y tan útil? ¿Y cómo entregar despues de la muer-

te del padre á una persona que no tendrá derecho de solo los ciudadanos romanos. acaso ninguna relacion con el huérfano?

Pero hay otra razon para esto; y es que No encuentro tampoco razon alguna para privar á los padres de esta potestad respecto de los hijos naturales. Ya he dicho que este derecho es útil al padre en cuanto le da alguna autoridad, y tambien al hijo porque se ejercerá en beneficio suyo.

Las mismas reflexiones nos ocurren mirando la cuestion por el otro aspecto. ¿Quién le educará mejor? ¿Quién le cuidará mejor? ¿Quién mirará mejor por sus intereses bajo cualquier aspecto? Tratar, Seria sin duda una grande ingratitud de parte de los hombres si negáramos á nuestras madres los trabajos, incomodidades y sacrificios que han hecho por nosotros, particularmente durante la niñez; y debemos confesar ingénuamente, pues, de destituirlo de un mando tan natural y tan útil para todos, es en mi concepto un disparate, y dejando al muchacho á la direccion de una madre inope, que si los padres sufren algo en esto, no es ponerse á que salga un hombre sin educacion y lleno de vicios. ¿Acaso se tiene ordinariamente comparacion con lo habrá hecho esto por evitar el concubinato? Pero no veo que la privacion de esta pequeña autoridad ha de ser causa para disminuirlo. Tal vez pudo contribuir para esta medida la razon de que respecto de ellos, la paternidad no es tan cierta é indudable como respecto de los legítimos; mas tambien hemos allanado al parecer este camino exigiendo un reconocimiento espreso ó tácito.

LEGITIMACION.

La legitimacion, en cuanto por ella un hijo concebido en el concubinato recibe la aprobacion de la ley, le asemeja á los de verdadero matrimonio, y hace borrar la mancha que habia contraído por aquella union, es una institucion digna de ser protegida. Ella es útil á los mismos hijos, á sus padres y á la sociedad. Los primeros se colocan en estado de recibir una educacion mejor, que la que recibirían en la dependencia de su madre; pueden formar un buen establecimiento; adquieren mas estimacion para con sus conciudadanos; y como los hijos legíti-

mos, se hacen capaces de la sucesion pater-
terna. Los segundos, borrando la falta
que habian cometido en la procreacion
de ellos, descargan así su conciencia dan-
do una prueba de probidad, de que son
remunerados en su honor, y gozan el ines-
timable placer de tenerlos públicamente
y ante la ley por hijos. Finalmente, la
sociedad gana no solo por esto, sino tam-
bien porque propende á restablecer entre
las familias la tranquilidad tan alterada
muchas veces con estos motivos. Ade-
más es una reparacion del mal que se
causó á las costumbres públicas por el
acto de aquella union ilícita.

Pero sobre todo estas utilidades resul-
tan mas en la legitimacion por subsiguien-
te matrimonio, que se verifica cuando
los mismos padre y madre que concibie-
ron á un hijo natural, contraen despues
con arreglo á ley una verdadera union
civil y religiosa, poniendo de esta mane-
ra armonía entre el órden natural y po-
lítico. Si pues por aquella se trata de
hacer limpiar la mancha que por efecto
de debilidad ú otro motivo cometieron
los padres naturales, justo es que la ley
no conceda este beneficio á otras alian-
zas pecaminosas, ilícitas y dignas de cas-
tigo. Por una parte seria contradiccion
autorizar un matrimonio prohibido, solo
por haber cometido el delito de la cópula;
por otra se daria una tendencia á fomen-
tar este mismo delito, dando esperanzas
á legitimarlo. Ultimamente, no se guar-
daria ninguna proporcion entre los deli-
tos, pues que se haria de igual condicion
á todos los hijos, siendo así que unos ac-
tos son mas ó menos perjudiciales que
otros, y por consiguiente deben ser dig-
nos de mayor pena.

He dicho que la legitimacion por
subsiguiente matrimonio es la mas natu-
ral; sin embargo, la que se hace por res-

cripto del Soberano puede ser tambien
muy útil y considerarse como subsidiaria
de aquella. Muchas veces el padre pue-
de tener motivos poderosos para no con-
traer matrimonio con la muger de quien
hubo el hijo; y puede tal vez haber muer-
to ésta. En estos casos la legitimacion
puede aprovechar al hijo para quitarle la
mancha, ya tambien para heredar por tes-
tamento ó abintestato, segun verémos
despues. Por lo mismo siempre que viva
la madre, no convendria conceder los
efectos de legitimacion á no ser cuando
se convenciese que el padre tiene razones
muy poderosas para no casarse con ella;
ni tampoco seria prudente hacer esta gra-
cia cuando haya algun hijo legítimo.

Las disposiciones legales no deben
chocar con las esperanzas debidamente
adquiridas, ni tener segun queda espues-
to antes, efecto retroactivo. Por esta ra-
zon la legitimacion debe tener sus efectos
desde que se contrae el matrimonio, ó se
concede la gracia. Segun esto cuando la
ley confiera algunos derechos al mayor
en edad, como sucede respecto de bienes
mayorascados, podrá verificarse que un
menor los recoja; por ejemplo cuando ha-
biendo tenido hijo natural de una, se ca-
sa con ella despues que ha muerto la
muger legítima con quien tambien ha
procreado. No obstante, como esto solo
puede acaecer cuando pase á casarse con
otra, es regular que, cuando el matrimo-
nio tenga lugar, se hagan remontar has-
ta el tiempo del nacimiento los efectos
de la legitimacion.

ADOPCION.

Sin duda que es útil á un huérfano, y
tambien á otro que tenga padres pobres,
el que un hombre rico que carece de su-
cesion le reciba en su casa, para que le
sirva de compañía y haga los oficios de

hijo. Pero este acto de beneficencia y de humanidad no es una verdadera paternidad; pues las leyes no pueden hacer que un hijo nacido de un padre sea efectivamente de otro, ni le es dado romper los vínculos y relaciones naturales, que nacen y mueren con la misma sangre. Aun entre los romanos y otros pueblos antiguos la paternidad que establecieron no fué mas que una ficción, ficción fué no obstante que dió lugar á las mas grandes consecuencias, pues la asemejaron cuasi en todos los efectos á una que fuese verdaderamente natural. Era por decirlo así un bautismo civil y político, una naturaleza adquisitiva. ¿Pero qué ventajas resultarían á la sociedad de esta institucion? ¿Por ventura ella es necesaria para que un hombre que no tiene hijos ejerza con un huérfano ó un niño pobre actos de beneficencia, y mire por su bien como á un hijo? Es indudable que la adopción es mucho mas útil al adoptado que al adoptante: consigue ser mejor alimentado, vestido y educado; pasa á una clase superior; obtiene mas consideraciones en la sociedad; en fin puede llegar á heredar por testamento ó abintestato bienes cuantiosos. El adoptante por su parte no saca estas ventajas; pues no gana mas que el placer de tener á su lado quien le haga memoria de un verdadero hijo. Así pues, yo entiendo que si tal hombre quiere favorecer á este muchacho, lo mismo podrá hacerlo que haya ó no semejante adopción: al contrario, parece que la consideración de la adquisición de estos inmensos derechos por parte del adoptado, lo ha de retraer de recibirlo en su compañía, y ejercer con él acciones tan loables.

De todos modos es menester tener presente el mal que resulta de este concepto de adquisición de una nueva paternidad.

TOM. I.

dad; porque si tal sucediese, era consiguiente que el verdadero padre la perdería. Felizmente esto no puede verificarse; pues que no es dado á los legisladores disponer de la naturaleza de las cosas, ni por lo mismo pueden hacer que el que ha nacido de uno lo sea de otro; pero puede muy bien suceder que consigan debilitar con sus preceptos los vínculos y relaciones naturales, el amor, la ternura, la sensibilidad. ¿Y cómo pudieron anunciar los romanos que la adopción imitaba á la naturaleza y que era su imagen? ¿No podríamos decir al contrario que ella tiende á destruir la naturaleza? Por otro lado tampoco debe olvidarse de los lazos con que el supuesto adoptante se halla unido con sus parientes, y de las esperanzas que éstos habrán concebido á la herencia de sus bienes. Estas esperanzas son fundadas, y una buena legislación no puede menos de respetarlas; pero si se verifica la adopción, con los efectos que se han atribuido, es claro que aquellos quedan completamente burlados en ellas, y reciben perjuicios inmensos. Semejantes reflexiones, y otras que se pudieran presentar, me mueven á opinar contra todo este sistema de adopciones. Tal vez si fuéramos tambien á buscar el origen y causa de ellas, veríamos que ya no existen entre nosotros las razones que mediaron para su establecimiento: un clima mas cálido y una mayor disolución pudo hacer á los romanos mas incapaces para la procreación; las continuas y lejanas guerras pudieron hacerles perder frecuentemente sus hijos, y dejarlos sumergidos en la tristeza. Estas causas no existen sin duda aquí, á lo menos en tanto grado; prueba de ello es que, á pesar de toda la libertad de adoptar, rara vez se verifica una adopción formal.

DERECHOS Y OBLIGACIONES

ENTRE PADRES E HIJOS.

Una obligacion natural no debe confundirse con una civil. La primera proviene de las inclinaciones naturales del hombre; se funda acaso en su debilidad ó en un reconocimiento; el infractor de ella podrá recibir una pena natural, efecto de la misma, y aun si se quiere la sancion moral recaerá contra él; pero no podrá ser violentado á conformarse con ella. Al contrario en la obligacion civil, la cual no consistiendo en la mera voluntad, el infractor de ella puede ser obligado judicialmente á ejecutarla, y someterse á una pena material, si rehusase cumplirla. Concedemos que los hijos puedan ser obligados á obedecer y prestar el respeto conducente á sus padres, y aun si quiere á servirlos; pero no sé como podrá compelérseles á honrarlos y ayudarlos. Esta disposicion de honrar y ayudar á los autores de nuestros dias es una inspiracion que generalmente se comunica con la misma sangre; pero para quien los poderosos impulsos de la naturaleza, mas fuertes que todos los preceptos nada valen, ¿podrán algo las intimaciones civiles? ¡Triste recurso del magistrado en semejantes casos! Se vé que yo no me opongo al mismo principio, sino á que estableciéndolo como obligacion civil resulte el inconveniente de no poderse ejecutar debidamente, cuando se falte á él; pero en fin contiene una máxima justa y moral, y no se puede menos de aprobar todo lo que conduzca á esto.

Se concede á los padres el derecho de castigar á los hijos por las faltas que hagan; mas con la justa medida de que ejerzan esta facultad con la debida moderacion y suavidad. Semejante proceder es muy racional. Un padre necesita

á la verdad de cierta autoridad para con- tener al hijo en su deber; para educarlo, instruirlo, hacer que adquiera buenas maneras y apartarle de los vicios tan comunes en la juventud, objetos que muchas veces no puede conseguir sin valerse de algunos medios coercitivos; pero es menester tener presente que este es un poder de direccion y no de despotismo, poder establecido mas bien por la utilidad del hijo que por la del padre. Esta doctrina se hace generalmente sentir en los padres sin necesidad que las leyes la inculquen; porque el cariño que profesan á sus hijos les hace indulgentes, mas bien que crueles, y ejercen su autoridad en beneficio de éstos en lugar de su propia cuenta.

No obstante, se vé algunas veces hacer un mal uso del poder paterno, y conviene que la ley trate de refrenarlo; bueno es tambien que se le fije el límite á la vista de la potestad tan estensa como absurda de que gozaron los antiguos padres romanos. Por una ley de Rómulo, confirmada despues por los decenviros, el hijo de familias era considerado como una cosa, y el padre ejercia sobre él un dominio quirritario. Por consecuencia tenia el derecho de vida y de muerte; podia venderlo tres veces; le era lícito entregarlo á la noxa; hacia suyo cuanto él adquiriese: basta decir con ellos que tal era su poderio que en ninguna otra parte del mundo se ejercia tan estenso. El emperador Justiniano se vanagloria de esto cuando lo esplica en sus instituciones por estas palabras, *nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos potestatem habeant qualem nos habemus*; pero examinando la cosa por el reverso podia muy bien contestársele que en ninguna parte tenían los hijos menos libertad que entre los romanos. Claro es que los unos no podian gozar de esta potestad sin privar á los

otros de otra tanta libertad; y se juzgará fácilmente si resulta mayor suma de placer dejando á cada cual un uso razonable de ella, ó privando á los unos completamente para reunirla en las manos de algun otro. El axioma de que el mal de pérdida es mayor que el bien de adquisicion, tan cierto como es cuando se trata de cosas, lo es aun mas siempre que se trata de derechos personales. Dar pues á los hijos de familia toda aquella libertad que buenamente se puede dar, sin que se perjudiquen á sí mismos, á la familia y á la sociedad, y estender tal medida segun que avancen en edad, debe ser en mi concepto el principio del legislador.

Por la misma razon de que el hijo era considerado como una cosa respecto del padre, establecieron las antiguas leyes romanas que aquel no adquiriese cosa alguna para sí, sino que todo fuese para éste. Tal rigor se moderó con el tiempo por la invencion de los peculios ó pequeños caudales, cuya propiedad ó usufructo, segun la manera de adquirir, era concedido á los hijos de familia, y esta es la doctrina que siguieron nuestras partidas. A mí me parece bien el que un padre tenga algun derecho ó usufructo en las adquisiciones que haga el hijo constituido en su dependencia, pero me guardaré bien de fundarlo como aquellas leyes. La razon verdadera que ocurre es la justicia que hay en que el hijo indemnice y recompense al padre los muchos beneficios que le hace, lo cual seguramente no puede lograrse mejor que dejándole el usufructo de los bienes que adquiere, interin permanezca en su potestad. Otras consideraciones secundarias se pudieran agregar en apoyo de esto, y son por una parte la de creerse que las cantidades que ga-

na el hijo en el ejercicio de un oficio no serán muy crecidas, ni por consiguiente se ha de suponer que su usufructo sea una excesiva remuneracion. Por otra no seria decoroso que aquel exigiese al padre cuentas respecto de los productos de la administracion: esto seria faltar al respeto filial, y la ley vendria á aprobar por su lado una ingratitud.

La excepcion que se hace en favor de las profesiones liberales, en cuanto á que los padres no tengan usufructo en lo que los hijos ganaren por medio de ellas, puede considerarse como una inconsecuencia, ó acaso como una injusticia. La razon de conceder al padre el usufructo de los bienes del hijo no es la incapacidad de éste para administrarlos, porque por este respecto, todos son en general buenos administradores, si por otra parte tienen suficiente edad; sino antes bien lo es la recompensa que merece por sus cuidados y gastos. Bajo esta consideracion un abogado ó médico pueden ser aun mas gravesos que un zapatero ó sastre, puesto que sus carreras son mas costosas; y por lo mismo se hallan en una obligacion mayor. Por otra parte ¿esta distincion de oficios liberales y no liberales no manifiesta de parte de la ley una preocupacion, y un espíritu de envilecer las artes mecánicas, que tal vez son tanto ó mas útiles que los primeros? Ya teudré ocasion mas adelante para hablar de esto.

Se impone tambien al hijo el deber de alimentar á los padres, y en mi concepto no se puede alabar demasiado este precepto justísimo. Grandes son á la verdad los beneficios que los hijos reciben de sus padres, pues que á ellos deben su existencia, educacion y cuanto poseen, y por lo mismo tan grande es la deuda que tienen contraida ácia ellos, que nunca podrán pagarla suficientemente.

Pero es menester hacer distincion entre deberes naturales y civiles, de los cuales los primeros, segun se ha dicho antes, no son exigibles en justicia, mas sí los segundos. La obligacion de mantener á un padre puede pues considerarse en mi concepto, ya como un deber natural, tomándolo en general en cuanto que una inclinacion constante mueve á un hijo á hacer bien al autor de sus dias, ya tambien como civil en el presente caso, es decir, cuando aquel sea pobre y el hijo tenga medios. Así, lo que comunmente se vé es que si los hijos llegan á tener un acomodo ó establecimiento regular, lo deben á sus padres; y que muchas veces éstos, por los sacrificios y desprendimientos que hacen á su favor, quedan reducidos á la mendicidad. ¿Y podrá creerse que haya alguno que lo haga sin esperanza de ser atendido á lo menos medianamente? Privar pues á los padres del derecho de exigir una corta manutencion, seria á mi entender engañarlos en sus esperanzas y proteger una ingratitud. Además puede considerarse esta medida como un fomento del matrimonio; porque se dirige á asegurar la subsistencia de la vejez, y cuanto propenda á este objeto es muy digno de ser adoptado. En lo demás es claro que los dos sexos deben participar de este derecho.

Nada diré aquí del poder de impedir el matrimonio, ni del derecho de nombrar herederos sustitutos y demás que se le conceden, puesto que se habló antes del primero, y de los otros se hablará en sus respectivos lugares. Así limitaré mi explicacion á esta intervencion que se da al padre en los negocios civiles del hijo. Este en su menor edad, cuando sus facultades físicas y morales no están todavía bien desarrolladas, no es capaz de dirigir segun se debe sus negocios, y por

lo mismo seria una imprudencia abandonarle á él solo. ¿Quién puede mirar por él mejor que su mismo padre? ¿Quién le servirá con mas gusto? ¿Quién con mas interés? Este es, pues, por todos respectos quien debe ser su guia y su tutor natural, y quien debe llevar la voz en sus asuntos. Mas no solo se interesa en esto el hijo, sino que tambien el mismo padre. ¿Quién duda que el bien ó el mal estar de éste depende en gran manera del de aquel, y que la suerte de ambos está en cierta manera identificada? Esto es indudable. Pero siendo la razon de este derecho la incapacidad del hijo, parece que debe cesar en aquella edad en que se considere bastante desarrollada su razon, sin mirar á si ha salido ó no de la dependencia paterna, pues que ésta no influye sin duda en su incapacidad. Si se adoptare la medida de emanciparlo por razon de su edad, segun de ello hablaré luego, claro es que entonces gozará de la plenitud de los derechos civiles.

Hasta ahora he hablado de las facultades que un padre deberia ejercer en utilidad suya; corresponde en seguida fundar sus obligaciones en beneficio de los hijos. Como el fin del matrimonio es la procreacion y educacion de éstos, al contraerlo aquellos, no pueden menos de obligarse tácitamente á su cumplimiento, no siendo ellas mas que un resultado de la union. Por otra parte, si los cuidados consiguientes á la crianza y educacion son inevitables, ¿á quién se impondrán mejor que á sus mismos padres? Ellos son los autores de sus hijos; la causa de este estado de debilidad y necesidades; quienes se interesan mas de cerca en su bienestar; y por lo mismo es natural, justo y conveniente cargarles con la obligacion de proveer á ello. Sin embargo, es de temer que si un padre no hace esto

por puro afecto, y por efecto de una inclinacion natural, el precepto de la ley civil sea inútil, pues ¿qué valdrán para con tal hombre estos lazos mas débiles que los sentimientos naturales gravados en el corazon humano?

Pero sea de esto lo que quiera, el deber que se impone á los padres de dar dote á las hijas cuando casen, puede considerarse como efectivo, y tal vez concurren las mismas razones respecto de los varones. Mas si se les impone el de casarlas, puede considerarse como excesivo, y parece que la ley deberia contentarse con no concederles la facultad de oponerse á un acomodo regular sin motivo ó por intereses propios. De todos modos seria una obligacion de que se librarian fácilmente, segun puede concebirse; porque ¿cómo ha de apresurárseles á encontrar marido para su hija? Seria una necesidad y desconveniencia palpables.

No es así respecto de la prestacion de alimentos por parte de los padres. Esta obligacion es natural y necesaria; pero no ha de ser eterna, pues fundada en la necesidad de los hijos, debe cesar cuando ellos lleguen á ser personas aptas, y tengan con que mantenerse. Así lo exige la justicia. Por otra parte, en caso contrario aquella se haria de esta manera mas gravosa al padre que lo seria respecto del hijo; es decir, que en general habria aumento de penas; porque no hay duda que las obligaciones que se imponen á favor de otro siempre son mas sensibles á éste, que ejercidas por el mismo interesado. Despues de los padres, los abuelos son los mas inmediatos y quienes pueden esperar heredar á los nietos; así no es mal que se les ponga la obligacion de darles alimentos en falta de aquellos.

Esta carga de alimentos no debe limitarse á los que han nacido de un ma-

trimonio legítimo, sino que parece necesario estenderla tambien respecto de los naturales. Se pueden alegar para con ellos las mismas razones: Son acreedores contra su padre natural, porque éste, igualmente que el legítimo, es el autor de su existencia, la causa de sus necesidades y debilidades, y quien tal vez llegará á heredarles. Por otra parte, si no se cargase á él con esta obligacion ¿á quién se impondria? ¿Por ventura á la madre? En hora buena, que ella la sufra en falta del padre; pero en vida de éste no hay razon para que se le grave así. Además de que éste tendrá por lo ordinario mas medios para sustentar, resultaria que de los dos cómplices en un mismo delito el uno seria castigado en todo, lo cual no es justo. ¿Recaerá el gravámen en el estado? Pero esto seria fomentar los concubinatos y uniones ilícitas. En lo demás bien se vé que por hijo natural, entiendo el que ha sido reconocido espresamente por su padre. Así por esta falta de certeza de paternidad, hallo muy bien eximir de la obligacion al que se suponga padre de un espurio ó adulterino: esto servirá tambien como pena del delito de la madre, pues entonces ésta deberia cargarse con tal obligacion.

Aun respecto de los mismos naturales, la ley encomienda á la madre la crianza de la criatura durante los tres primeros años, y yo hallo esto bien arreglado. Los cuidados de la primera infancia, y particularmente los de la edad de lactancia, pertenecen naturalmente á la madre, pues que el padre no podria ejercerlos; y aquí la ley al declararlo así, no hace mas que conformarse con la misma naturaleza. Es verdad que la lactancia no se estiene rigurosamente hablando hasta los tres años; pero tambien lo es que á lo menos hasta esta edad exigen sumos cuidados, y

tienen impertinencias que solo la paciencia de una madre podrá llevar con gusto. De todos modos es indudable que estas incomodidades serian incomparablemente mayores para el padre que para la madre, y entre sufrir y sufrir es menos malo imponer la carga al que pueda soportarla con mas ligereza; porque así hay una disminucion de penas.

EMANCIPACION.

Hemos dicho antes que el ejercicio de los derechos paternos, se funda tanto en la necesidad de una indemnizacion á favor del padre, como en el interés del mismo hijo motivado por su debilidad. Es consiguiente hacer cesar tal estado desde que falten estos motivos, teniendo á los hijos por independientes y hábiles para administrar libremente sus bienes y celebrar todos los actos civiles. La disposicion que estriba en cierta razon, debe sin duda variarse luego que ésta desaparezca. La indemnizacion que comunmente gozan los padres respecto de los hijos, consiste en el honor, respeto, obediencia y ayuda que reciben de éstos; pues aunque la tienen tambien en sus bienes, esto no es lo mas frecuente. De esto resulta para con el hijo una privacion, y de parte del padre una adquisicion; pero la balanza se inclina á dar á aquel la plenitud de los derechos civiles en la época la mas breve posible. La segunda razon parece cesar evidentemente desde que el hijo, habiendo adquirido un desarrollo de sus facultades físicas y morales, puede atender á su persona y bienes. No deben pues establecerse incapacidades, dependencias y prohibiciones, sino cuando sea absolutamente necesario hacerlo: así la ley mas bien debe ser mas fácil en declarar las emancipaciones, que en mantener á los hijos en los vínculos de la patria potestad.

Fundado en estos principios, creo que pudiera reformarse el sistema de la emancipacion, determinándola en los siguientes casos: 1.º Por razon de edad á los veintitres años completos, sea que se casen ó no: 2.º Por razon de matrimonio, sea que tengan ó no los veintitres años: 3.º Por razon de establecimiento que lleguen á formar separadamente del padre con consentimiento suyo, siempre que tengan veintiun años: 4.º Por razon de empleo de alguna consideracion que obtengan en la nacion. En lo demás, claro es que la dependencia filial cesará respecto del padre por la muerte de éste. Mas no se verificará por ello la emancipacion segun yo la entiendo, por aptitud de administrar los bienes y ejercer todos los actos civiles; pues que entonces recaerá en poder de la madre, si se concede á ella este derecho, ó en lo demás en el de un tutor, segun verémos en el título respectivo.

La esposicion de los hijos á los hospitales ú otros lugares destinados para recibirlos, no pueden tenerse por emancipacion bajo este punto de vista; porque fuera de que no adquieren por este hecho la plenitud de los derechos civiles, aquella tiene lugar ordinariamente en los que no han sido reconocidos, y sobre los que por consiguiente el padre no empezó á ejercer la patria potestad.

En esta conformidad una vez de admitida la emancipacion por razon de edad á los veintitres años, no parece conveniente dar lugar á ella con declaraciones judiciales. Pocas veces se vé que antes de esta edad, un hijo esté en disposicion de separarse de su padre, sostenerse y gobernarse á sí mismo y sus bienes segun corresponde; prueba de la falta de suficiencia es el hecho de no prestarle su consentimiento al efecto. Pero en fin, si

llegare á separarse así contra la voluntad paterna, no seria prudente, aun cuando fuese persona capaz, confiar en sus manos su direccion, no solo por la falta de sumision ácia el padre, sino tambien porque habiendo fijado la ley para la aptitud un término, no deben considerarse por aptos los que no han llegado á él. Si contra esta doctrina admitiésemos á sustitucion la suficiencia, apenas es de creer resultase alguno que no fuese muy capaz: ya se sabe con que facilidad deponen los testigos en semejantes casos.

Segun algunos, tres causas puede haber fundadas para que mediando una de ellas, el padre pueda ser obligado á emancipar; la primera es el trato cruel. Los derechos de la patria potestad se fundan en la posicion de que los padres no han de abusar de su autoridad; pero esta regla falla algunas veces, pues hay algunos tan inhumanos que privados de sentimientos naturales, y olvidándose que su oficio es semejante al de un tutor, mas bien que al de un amo cruel, tratan brutalmente á sus hijos. En tal estado conviene pri-

varles de la autoridad: 1.º Porque seria peligrosa en sus manos: 2.º Por via de castigo: 3.º Por la quietud pública: 4.º En beneficio de la moralidad. A pesar de esta destitucion de poder, que deberia hacerse por el juez, no por eso se emanciparia absolutamente al hijo, sino antes bien quedaria bajo la direccion de un tutor, mediante á que por ser el padre un cruel no se debilitan las razones en que se funda la tutela.

El padre que hace prostituir á las hijas, es tambien digno de ser despojado de los derechos, que como tal le pertenecen sobre ellas; porque se vé que lejos de dirigir bien su educacion, lejos de mirar por su felicidad, las coloca en un estado en que su ruina y su infelicidad son casi seguras. Pero no parece que hay razon para emancipar á un hijo; porque su padre ha aceptado un legado bajo esta condicion; los derechos paternos no tanto son en beneficio del padre, como en utilidad del hijo; y debe considerarse esta razon fundamental.

TITULO 10.

De la tutela y curaduría.

CAPÍTULO I.

DE LA TUTELA.

- 1 Definicion de la tutela.
- 2 El menor debe recibir por tutor al que se le dé, aunque no lo pida.
- 3 ¿Quiénes pueden nombrar tutor?
- 4 De los que tienen prohibicion legal para ser tutores ¿en qué términos pueden serlo la madre ó abuela de su hijo ó nieto?
- 5 Aunque el padre pase á segundas nupcias no pierde como la madre la tutela y administracion de los bienes de su hijo; y razon en que se funda esta diferencia.
- 6 ¿Cuántas especies hay de tutela?
- 7 De la tutela testamentaria ¿quiénes pueden dar tutor en su testamento?

8 El que da tutor testamentario no puede imponerle el gravámen de aconsejarse con otro, á menos que nombre á éste contutor.

9 De la tutela legítima ¿á quiénes corresponde?

10 Todos los parientes pueden ser compelidos á admitir este cargo excepto la madre y la abuela.

11 Penas impuestas á los parientes á quienes por derecho toca la tutela cuando no la quieren admitir sin tener causa legítima para ello, ó no piden al juez en debido tiempo que provea de tutor al pupilo.

12 ¿Cuándo tendrá lugar la tutela dativa y á qué juez corresponde en este caso nombrar tutor?

13 Del discernimiento de la tutela, y en qué casos no es necesaria la intervencion del juez.

14 Aunque se divida la administracion entre varios tutores ó curadores, el derecho de la tutela ó curaduría pasa á cada uno por entero. Requisito necesario para que valga la relevacion de dar cuentas que suelen hacer los testadores á favor de los tutores que nombran.

1. Como los menores carecen de la experiencia, y discernimiento necesario para saber conducirse, dispusieron las leyes por su propia utilidad, por la del Estado, y con el objeto de que siendo huérfanos de padres no los engañasen ni perjudicasen los mayores; que se les proveyese de personas aptas que cuidasen de las suyas y sus bienes, á las que se dió el nombre de tutores y curadores. Así pues, segun la ley 1, tít. 16, part. 6, *tutela* es la guarda que se da al huérfa- no menor de catorce años, ó á la menor de doce, que por sí no puede ni sabe defenderse; y cuando esta guarda ó defensa se da al mayor de catorce años y menor de veinticinco, ó á los dementes, ó á los disipadores, aunque pasen de esta edad, se llama *curaduría*.

2. El menor debe recibir por tutor al que se le dé, aunque no lo pida ni quiera, porque se le da principalmente para la custodia y defensa de su persona, y secundariamente para la de sus bienes; y como el pupilo no puede obligarse civilmente, tiene facultad su tutor de celebrar por sí ó á nombre de aquel los contratos que se ofrezcan y le sean útiles, prece- diendo para ello las solemnidades legales.

3. Cualquiera que tiene facultad legal para testar, puede nombrar por su testamento ó otra última voluntad, ó bien

por contrato hecho en estado de sanidad, al sugeto que le parezca y no tenga prohibicion legal para tutor de su hijo pupilo, legítimo y natural, nacido ó póstumo; y tambien puede, cuando carezca de hijos legítimos, nombrar tutor al huér- fano estraño, á quien instituye heredero, debiendo hacerse el nombramiento con toda claridad y distincion, de modo que no se equivoque el nombrado con otro del mismo nombre y apellido; pues si así sucediese, ninguno de los dos podria ejercer la tutela.

4. Tienen prohibicion legal para ser tutores los siguientes: 1.º El menor de veinticinco años: 2.º El mudo, loco, cie- go, fátuo y pródigo ó disipador, declara- do tal judicialmente: 3.º El deudor ó acreedor del pupilo á menos que lo nom- bre el mismo testador, ó sea de poca can- tidad, ó bien si fuese tutora la madre ó abuela: 4.º Los que administren las ren- tas nacionales, mientras no estén solven- tes de su administracion: 5.º El soldado mientras se halle empleado en el servi- cio de la nacion: 6.º El accidentado ó enfermo habitual que no puede ejercer tutela: 7.º Los obispos, monges y demás religiosos profesos, y los clérigos secula- res, aunque éstos puedan serlo de sus parientes, debiendo acudir ante el juez competente dentro de cuatro meses desde

que sepan el nombramiento, á aceptar y jurar la tutela (1): 8. ° El excomulgado de excomunion mayor: 9. ° El que hubiere mudado absolutamente de condicion, pasando por ejemplo de un estado próspero al de la indigencia; pues aunque sea nombrado por el padre, no debe confirmarle el juez: 10. ° El fiador ó deudor del pupilo: 11. ° Las mugeres, excepto la madre y la abuela del pupilo, á quienes la ley permite ejercer en este caso la tutoría, por el entrañable afecto que naturalmente profesan á sus hijos y nietos. No obstante, para poder ser tutoras, aunque sean nombradas por testamento han de obligarse á no pasar á segundas nupcias mientras tengan la tutela, y renunciar las leyes que prohíben á las mugeres obligarse por otro (2). Aunque el padre no puede prohibir á la madre honesta y juiciosa que sea tutora de sus hijos; sin embargo, está en su arbitrio privarla de la tutela indirectamente nombrando en su testamento por tutor á un estraño. Si la madre ó abuela tutora, se casare por segunda vez, pierde por este mero hecho la tutela, aun cuando el finado mandase que por esta razon no se la quite, quedando responsables no solo sus bienes, sino tambien los de su nuevo marido al desfalco que por mala versacion ó administracion padezcan los del pupilo. Si estando viuda la madre ó abuela, dijeren al juez que quieren casarse, pidiéndole provea de tutor á su hijo ó nieto, no recobrarán la tutela aunque despues muden de parecer y no se casen, como tambien la recobrarán si habiéndose casado muriese su marido segundo; á no ser en subsidio, que es cuando el hijo ó nieto

no tiene tutor, ó éste no es idóneo, en cuyo caso puede reelegirla el juez.

5. Aunque el padre pase á segundas nupcias, no pierde como la madre la tutela y administracion de los bienes de sus hijos; la razon de esta diferencia consiste, en que respecto de la muger, se presume que puede arrastrarla excesivamente el amor del nuevo marido hasta el punto de entregarle los bienes de su hijo y degenerar en verdadera madrastra, como acontece frecuentemente (1), y al contrario el hombre que por su esperiencia, conocimiento y madurez, no se entrega con tanta violencia á una pasion.

6. Hay tres especies de tutela, á saber: testamentaria, legítima y dativa (2): se llama testamentaria la que se da enteramente ó en otra última disposicion legalmente hecha. Tutela legítima se llama la que la ley concede á los parientes del pupilo por falta de la testamentaria (3); y la *dativa*, que es la que á falta de la legítima y de la testamentaria da el juez al pupilo, para que no padezca detrimento en su persona y bienes (4), y así solo tiene lugar en dicho caso.

7. Tratando ahora en particular de la testamentaria, el padre puede dar tutor puramente, á tiempo ó dia cierto, ó bajo condicion, no solo á sus hijos legítimos nacidos ó póstumos, sino á los naturales á quienes instituye; pues el que

(1) Ley 19, tit. 16, p. 6 y 3, tit. 7 lib. 3 del Fuero Real.

(2) Seria mas propio usar de las palabras *legal* y *judicial* para designar las especies de tutela conocidas por los juriconsultos con los nombres de legítima y dativa. Legal es lo que está autorizado por la ley, lo que dimana de ella; legítimo lo que no es contra la ley. Aun tengo por mas impropia la voz *dativa*, pues ni siquiera es castellana. Sin embargo, seguiré la nomenclatura del autor en éste y otros casos en que convendria variarla, por no apartarme del uso comun.

(3) Ley 2, tit. 16, p. 6.

(4) Leyes 2 y 12, tit. 16, p. 6.

(1) Leyes 4 y 14, tit. 16 y 2 al fin, tit. 17, p. 6.

(2) Ley 4, tit. 16, p. 6.

nombra al pupilo por heredero se tiene en lugar del padre. Sin embargo, hay diferencia en estos nombramientos, porque el tutor nombrado para los hijos legítimos no necesita para ejercer su cargo la confirmacion del juez; y al contrario, ésta es necesaria cuando el tutor se da á los hijos naturales ó á los estraños (1). Al espurio no puede el padre dar tutor en su última disposicion ni en otra forma; porque no es conocido por hijo suyo, ni tampoco al natural cuando nada le deja. La madre puede en la propia forma nombrar tutor á sus hijos legítimos ó naturales, huérfanos de padre con tal que los instituya sus herederos, y el juez debe confirmar dicho nombramiento siempre que el tutor nombrado sea idóneo y no tenga prohibicion legal para ejercer la tutela; pero si la madre no instituyere al hijo heredero sino legatario, no deberá nombrarle tutor, y si lo hiciese, será tenido éste por tutor testamentario solo en el caso en que lo confirme el juez, y no de otra suerte (2). En cuanto á los abuelos maternos y demás ascendientes por esta línea, se observará lo mismo que va dicho respecto á la madre. También puede el abuelo paterno dar tutor en los propios términos á sus nietos nacidos y póstumos, con tal que no hayan de recaer en el dominio de su padre (3). Ultimamente, cualquiera que carece de descendientes y ascendientes legítimos, puede dar tutor en su testamento, como ya se indicó, al pupilo estraño, huérfano de padre, á quien instituye heredero; mas para que este tutor pueda ejercer la tutela, ha de preceder discernimiento ó confirmacion del juez (4).

8. El padre ó cualquiera otro de los que tienen facultad para nombrar tutor en el testamento, no puede imponerle el gravámen ó condicion de que administre la tutela con el consejo de una tercera persona, á menos que nombre á ésta con-tutora; porque carece de facultad para disminuir al primero la potestad que le confiere la ley una vez que sea elegido.

9. A falta de tutor testamentario tiene lugar el legítimo, y esta tutela corresponde á los parientes más cercanos del pupilo por ambas líneas en el orden siguiente: La madre, aunque sea espúria, es preferida á los abuelos y á los demás parientes, de manera que si quiere ser tutora de sus hijos, será admitida antes que todos aquellos, con tal que los hijos no sean espúrios ni procedan los mismos de dañado ayuntamiento por su parte. No queriendo admitir la tutela la madre, ó habiendo fallecido ésta, corresponderá á la abuela si la quiere, y á falta de ambas, ó por no quererlo ser ninguna de las dos, deberá entrar á ejercer la tutela el pariente, que segun la inmediacion de grado, tenga derecho de heredar al pupilo (1).

10. Todos los parientes pueden ser compelidos á admitir la tutela, excepto la madre y la abuela, y así se llama anómala ó extraordinaria la que éstas ejercen, porque es permisiva y no coactiva. Cuando el pupilo tiene muchos parientes transversales iguales en grado, que carecen de legítima excusa para no admitir la tutela, todos serán tutores; mas para evitar disturbios, deberán elegir cuál haya de ejercerla, y no queriendo ó discordando, echarán suertes, ó en defecto de uno y otro, nombrará el juez al mas idóneo y que ofrezca mayor seguridad, que-

(1) Leyes 3 y 8, tit. 16, p. 6.

(2) Ley 6, tit. 16, p. 6.

(3) Ley 8, tit. 16, p. 6.

(4) Leyes 4 y 9, tit. 16, p. 6.

(1) Las mismas leyes.

dando los otros de tutores honorarios (1). Concurriendo el abuelo y abuela maternos, ejercerán la tutela igualmente: si fueren madre y abuelo paternos, preferirá aquella á éste; y si ocurrieren padre y abuela paterna ó materna, será preferido el padre, quien si fuere natural, tambien será preferido á la madre natural.

11. No queriendo el pariente á quien por derecho toca la tutela, admitirla, sin tener legítima excusa para ello, ó no pidiendo al juez dentro del año de la muerte del padre del pupilo, que provea á éste de tutor, es de su cuenta el daño que se le siga á dicho pupilo por su renuncia ú omision aunque no sea interpelado, y además pierde la sucesion á los bienes de aquel, si falleciese antes de entrar en la pubertad, como tambien el derecho de la sustitucion pupilar directa; y en la misma pena incurre si comete culpa, ó procede con negligencia en el cuidado del pupilo y administracion de sus bienes (2).

12. Faltando las dos tutelas testamentaria y legítima, tiene lugar la *dativa*, esto es, la que da el juez al pupilo para que no padezca detrimento en su persona y bienes, siendo de advertir que la ha de dar simplemente y no bajo condicion, ni á dia cierto ni desde tal dia, como puede hacerse en la testamentaria (3), á no ser que sea una condicion anexa al mismo acto, por ejemplo: *si el tutor se obligare á administrar como debe, si afianzare la tutela con toda seguridad, &c.*; porque esto propiamente no es condicion, sino una precaucion muy útil. No pidiendo al juez los parientes mas cercanos del pupilo que le provea de tutor, puede hacerlo cualquier amigo ó vecino del pueblo en que viva ó donde hu-

biere nacido el pupilo ó su padre, ó de aquel en que tenga la mayor parte de sus bienes, y si ninguno lo pidiere, conociendo el juez que está desamparado el pupilo, puede nombrarle de oficio en virtud de la potestad que le concede el derecho; pero es necesario que sea el juez de uno de los tres lugares referidos: si todos ellos nombraren el suyo, será preferido el nombramiento del que constare primero, y no pudiendo indagarse cual fué, por haberse hecho los tres en un dia, valdrá el del juez del domicilio del huérfano (1). Segun la práctica, se discierne la tutela en el lugar donde se radica la testamentaria.

13. El juez debe discernir ó confirmar la tutela, sin cuyo requisito nada pueden hacer los tutores, y si lo hacen no valdrá; exceptuándose de esta disposicion general: 1.º La tutela que dé el padre en su testamento á sus hijos legítimos, la cual no necesita confirmacion, como se dijo en el párrafo séptimo: 2.º La tutela confiada á la madre; pues ésta la puede administrar sin el discernimiento, en lo que se diferencia de los otros tutores testamentarios (2): 3.º Cuando el testador ordena en su testamento ó en otra disposicion válida, que sin decreto judicial pueda el tutor mezclarse en la administracion; porque la voluntad de aquel debe observarse cuando no es contraria á la ley (3). El discernimiento de la tutela puede hacerse en dia feriado, cuando por la ley no se exige que se haga confirmacion con conocimiento de causa, y en caso de necesidad aunque se requiera éste.

14. Aunque siendo muchos los tuto-

(1) Ley 11, tít. 16, part. 6.

(2) Ley 12, tít. 16, p. 6.

(3) Leyes 2 y 12. tít. 16, p. 6.

(1) Ley 12, tít. 16, p. 6.

(2) Leyes 4, 6 y 8, tít. 16, p. 6.

(3) Nótese que en apoyo de esta tercera excepcion no cita Febrero ley de nuestro derecho; sino una del romano, y la autoridad de Gut

res y curadores pueden dividir entre sí la administracion, el derecho de la tutela ó curaduría para cada uno por entero, ya sean testamentarios, legítimos ó dativos; y así cuando no está dividida, basta la autoridad de uno en cualquier acto ó negocio, y lo mismo sucede con los curadores *ad litem* para la defensa de algun pleito; mas cuando lo está, se requiere la de aquel á quien pertenece la administracion. Ultimamente debo advertir que aunque el testador releve al tutor de dar cuentas, si administra de propia autoridad sin discernimiento del juez, no surtirá efecto la relevacion, y tendrá que dar cuentas; y al contrario con la confirmacion del juez valdrá dicha relevacion.

CAPÍTULO II.

DE LA CURADURIA,

1. ¿Qué es curaduría y en que se diferencia de la tutela?
2. Solo hay un caso de curaduría legítima.
3. El juez debe confirmar el curador que el padre dejase en el testamento.
4. No puede obligarse al menor á tomar curador contra su voluntad.
5. Necesidad del curador en los actos judiciales.
6. Facultades del curador *ad litem*.

1. La curaduría es la que se da al varon mayor de catorce años y á la hembra de doce, ó al pupilo interinamente en el único caso de ausencia, incapacidad temporal ó impedimento del tutor. Igualmente se da la curaduría á los mayores de veinticinco años dementes, ó fátuos, ó disipadores (1). Diferéncianse la tutela y la curaduría: 1.º En que el tutor se da solamente á los pupilos, y el curador á éstos y á los que han pasado de la edad pupilar: 2.º En que el tutor se da puramente para custodia y amparo de la persona del pupilo, y en segundo lugar para el cuidado de sus bienes; lo que es al contrario en la curaduría: 3.º En que el tutor se da al pupilo, quiéralo ó no; mas el curador no se da al púbero si no lo quiere, á menos que no sea para pleitos: 4.º En que la tutela es de tres clases: testamentaria, legítima y dativa; y la curaduría es solo de esta última clase, pues en testamento no puede nombrarse curador, y solo hay un caso de curaduría legítima como se espresa despues: 5.º En que el curador se puede dar para un acto ó cosa sola (1); excepto para la aceptacion de la herencia, lo que es especial en este caso. Convienen la tutela y curaduría en que las obligaciones de tutor y curador para utilidad del menor, son las mismas sin diferencia alguna.

2. Solo hay un caso de curaduría legítima, y es la que establece el derecho para el furioso ó demente. Si éste fuere el padre, puede dársele por curador á su hijo, con preferencia á un estraño, siempre que sea capaz, mayor de veinticinco años y de buena conducta (2).

3. Aunque la curaduría no debe dejarse en testamento como ya se indicó, no obstante si el padre la dejase á su hijo, debe confirmarla el juez, si el cura-

(1) Ley 13, tit. 16, part. 6.

(1) Ley 1, tit. 16, part. 6.
(2) Ley 13, tit. 16, part. 6.

dor nombrado le pareciere apto, en cuyo caso podria ser éste compelido á admitir el encargo.

4. Ya dije tambien que no debe darse curador al púbero contra su voluntad, de lo cual no debe inferirse que sea capaz de contratar y obligarse por sí, como si fuere mayor. El sentido de la proposicion que senté en el párrafo 1.º, es que los pupilos no pueden ser compelidos á recibir el curador que se les dé, en tales términos que nombrado alguno por el padre tutor y curador en el testamento, si acabada la tutela no quiere el menor que éste continúe en la curaduría, podrá nombrar otro, y deberá admitirlo el juez teniendo las circunstancias que requiere el derecho; pero una vez recibido el curador por el menor, puede ser éste compelido á estar bajo su custodia hasta la edad de veinticinco años, no probándose causa legítima para eximirse de ella, ya por mala versacion ú otro obstáculo de parte del curador, ya por casarse el menor ú obtener vénia para administrar y gobernarse por sí, teniendo la edad competente. En suma, el menor fuera de estos casos necesita curador; pero tiene la facultad de nombrarlo á su arbitrio, y no está obligado á recibir el que se le dé. De lo que pueden hacer los menores pupilos y adultos, ya tengan ó no curador, y cuando será ó no válido el contrato que celebren con su asistencia ó sin ella, se tratará cuando se ventile la materia de contratos.

5. En los pleitos y actos judiciales ha de intervenir indispensablemente curador, ó tutor si el menor fuere pupilo, y si no lo tuviere se le ha de dar curador para este y otros negocios, los cuales deben personar por sí mismos sin valerse de procurador; mas no pudiendo ejecutarlo podrán sustituir por su cuenta y riesgo la

curaduría, eligiendo procurador que los defienda, y especificando el pleito ó negocio en el poder que les confieran (1). Los menores púberos, ya sean actores ó demandados, y la causa civil ó criminal, deben nombrar por sí curador *ad litem* que los defienda, y resistiéndose á ello podrá el juez elegirlo, como tambien puede éste de oficio dar curador *ad litem* al mayor de veinticinco años que despues de principiado el juicio se volviere loco (2). En las causas espirituales y benéficas se reputan como mayores los púberos; por consiguiente en unas y otras, si no tienen padre, pueden comparecer por sí en juicio, y constituir procurador con mandato y poder especial, lo que no se permite á los pupilos, y así éstos necesitan quien los representen.

6. El curador *ad litem* pedido simple ó generalmente para los pleitos que ocurran al menor, debe ser dado por el juez del pueblo en que aquel tenga su domicilio; pero si el menor le pidiere para la causa que ya está entablada, lo ha de nombrar el que entienda en ella. Dicho curador para pleitos puede otorgar y autorizar con su menor las obligaciones y otros contratos de éste que se originen por incidencia ó ejecucion del pleito, y tambien los que hayan servido de antecedentes á él, si no tuviere tutor ó curador para la administracion de sus bienes, y no de otra suerte; pues el curador para pleitos, no es mas que para la defensa del menor en juicio: de consiguiente ya tenga ó no el menor curador para la administracion de sus bienes, carece aquel de facultad para autorizar sus contratos, excepto los referidos, y aun esto solo puede hacerlo como se ha dicho, en el caso de que el menor no tenga curador *ad bona*;

(1) Ley 96, tit. 18, part. 3.

(2) Ley 19, tit. 16, part. 6.

pues si lo tuviere éste debe concurrir, y no el de pleitos. Este puede ser removido ó revocado en cualquier tiempo; porque se asemeja al procurador ó apoderado; lo cual no puede hacerse con el curador que administra los bienes, ni con el tutor, sin causa probada.

CAPÍTULO III.

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS TUTORES Y CURADORES.

1. Juramento que tienen que hacer los tutores y curadores antes que se les discierna la tutela ó curaduría, y fianzas que están obligados á dar algunos de ellos.
2. Obligaciones que tienen los tutores y curadores de hacer inventario solemne y formal de todos los bienes, créditos, derechos y acciones del pupilo despues de discernida la tutela y curaduría.
3. Penas en que incurrén los tutores y curadores por no hacer el inventario con la rectitud y puntualidad debidas, ó por dejar de incluir en él algunos bienes fraudulentamente.
4. ¿En qué pena incurrirán los mismos, si por dolo y no por alguna causa justa dejaren de hacer el inventario?
5. Otras obligaciones de los tutores y curadores.
6. Los tutores y curadores no pueden enagenar los bienes raices del menor, ni los muebles preciosos, sino para los objetos y con la formalidad que allí se espresa. Tambien les está prohibido hacer otras cosas que se indican.

1. Los tutores y curadores antes de apoderarse de la persona y bienes de los menores, y de que se les discierna la tutela ó curaduría, deben jurar y afianzar en manos del juez, ó del escribano á quien éste comisione, que evacuarán fielmente su encargo, cuidando del huérfano y de sus bienes como deben, llevando cuenta y razon de los gastos que hagan en su conservacion y reparo, como tambien en los alimentos y educacion del menor, para producirla cuando se les mande, y á cubrir el alcance que contra ellos resulte; siendo tambien responsables de los daños que por su culpa ó negligencia se irrogen al menor; cuyo bien deben siempre procurar, tomando para el debido acierto consejo de letrados y peritos cuando el suyo no baste (1). Así mismo el curador para pleitos ha de jurar el cumplimiento de lo que le corresponda para el desempeño de su cargo (1). Además, los tutores y curadores aunque sean muy ricos, han de afianzar la responsabilidad de la tutela y curaduría; y si no lo hicieren, no se les ha de discernir el cargo; y será nulo cuanto ejecuten, y se les podrá privar de la administracion (2). En la recepcion de estas fianzas debe tener el juez mucho cuidado; pues si no fueren cual corresponden, se da á los menores accion subsidiaria contra él; bien que si al tiempo de recibirlas fueren buenas, no tendrá el juez responsabilidad, aunque los fiadores vengan á menos, pues no es responsable de los casos fortuitos. Los curadores para pleitos suelen

(1) Ley 9, tit. 16, part. 6.

(1) El juramento y discernimiento de la curaduría para pleitos, se hallará en el tratado de particiones entre las diligencias que se practican para formalizar el inventario, por haber puesto Febrero el caso de esta curaduría *ad litem* en un menor interesado en una herencia.
(2) Ley 94, tit. 16, part. 3.

tambien dar fianzas; pero aunque no las den, no se anularán sus actos, porque no administran, ni tienen que hacer inventario ni dar cuenta como los otros. La obligacion de dar fianzas se estiende á los curadores dativos y legítimos, aunque sean la madre y la abuela; bién que en orden á la fianza de éstas, basta que sea en cuanto alcancen sus facultades; pues por el amor que profesan á sus hijos y nietos, y porque les han de dejar su hacienda, presume el derecho que lejos de disiparles su patrimonio se lo conservarán y aumentarán si pudieren. Los tutores testamentarios, ya sean legítimos ó estraños, y confirmados por el juez, no están obligados á afianzar, pues en el hecho de nombrarlos el testador aprueba su fidelidad y diligencia, y mucho menos lo estarán si ésto los releva de fianzas. Se exceptúan los dos casos siguientes: 1.º Cuando el tutor es de mala fama y no lo conocia el testador, en cuyo caso debe hacerlo el juez que afiance: 2.º Cuando son nombrados varios tutores en el testamento, y uno de ellos quiere administrar por sí solo, pues entonces está obligado á dar fianzas.

2. Además de lo dicho tienen obligacion los tutores y curadores, despues de discernida la tutela ó curaduría y no antes, de hacer inventario solemne, formal y específico, ante escribano público y testigos, de todos los bienes muebles, raices, créditos, derechos y acciones correspondientes al menor, á costa de éste, sin que haya de intervenir para él la persona del juez; y es tan necesaria esta obligacion de inventariar, que debe hacerlo el tutor aun cuando el padre ó testador lo releve de ejecutarlo. Este inventario tiene tal fuerza que no se admite excepcion ó contradiccion á él, aun cuando el tutor ó curador ponga mas de lo que te-

nia el menor, y se ofrezca á aprobarlo al tiempo de dar la cuenta de su tutela ó curaduría (1). Para principiar y concluir dicho inventario no prefija el derecho término alguno, y solo manda que lo formalicen cuanto antes puedan despues que se les discierna la tutela, y que de ésta se les pueda remover como sospechosos, si tardaren mucho tiempo en hacerlo sin tener impedimento justo (2). La práctica es entregarles los bienes por inventario antes que empiezen á ejercer el cargo, á cuya responsabilidad se obligan en el instrumento que otorgan.

3. Aunque los tutores y curadores que hubieren hecho inventario en debido tiempo, si no lo formalizaron con la rectitud y puntualidad debidas, ó por fraude y sin justa causa dejaron de incluir en él algunos bienes ó créditos correspondientes á los menores, serán responsables del daño é intereses, los cuales se probarán por el juramento judicial que haga la parte interesada capaz de jurar y conocer lo que jura (3), y concurriendo los demás requisitos que esplicaré cuando trate del juicio civil ordinario.

4. Mas si por dolo, y no por imposibilidad ni otra causa justa, omitieren los tutores y curadores la formacion de dicho inventario, deben satisfacer á los menores el daño ó la pérdida que pueda habérseles irrogado; de consiguiente si algunos animales perecieren, ú otros bienes se deterioraren durante su omision dolosa, estarán obligados al resarcimiento no solo cuando de no haber hecho

(1) Leyes 99 y 120, út. 18, part. 3 y 2, út. 7, lib. 3 del Fuero Real.

(2) Ley 15, út. 16, part. 6.

(3) Por el dolo del tutor no tiene lugar regularmente el juramento contra sus herederos, á no ser que se hubiese ya contestado la demanda con el tutor, en cuyo caso se puede jurar en juicio contra sus herederos, ley 6, út. 11, part. 3.

el inventario en debido tiempo hubieran perecido los bienes, sino tambien en caso contrario; pues aunque el deudor de especie cierta se exime y liberta de su entrega ó solucion si perece, no obstante siendo moroso debe satisfacer el precio de ella.

5. Los tutores y curadores, como que están en lugar de padres del menor, deben darle buena educacion y proporcionarle la enseñanza ó instruccion correspondiente á su clase, ya sea en las ciencias, ya en algun arte ú oficio con que pueda ser útil al estado, y grangearse en lo sucesivo una subsistencia decorosa. Tambien deben darle casa ó habitacion, que será la de su padre, y en defecto de ésta se criará en la de su madre; mas no teniéndola ó casándose ésta, podrá el juez proporcionársela, segun le parezca conveniente, pues no es preciso que el menor viva en la misma casa del tutor; y de ningun modo se le permitirá habitar la casa del pariente que tenga derecho á heredarle, por el riesgo que puede correr su vida si diese con un pariente de mal corazon y capaz de una perfidia por disfrutar los bienes del pupilo. Así mismo deberán los tutores y curadores imponer ó emplear el dinero que tenga el menor para que produzca, ya sea á censo ó comprando fincas; pues de lo contrario serán responsables de los réditos que pudiera haber tenido el dinero empleado. Deberán tambien vender los frutos de las fincas del menor en tiempo oportuno, llevando cuenta de los vendidos y á qué precio; administrar bien su hacienda y cuidar de ella como si fuere propia, dar estado á la pupila señalándola el dote competente (1); últimamente en los negocios y contratos que celebre el curador con un tercero, ha de interponer su autoridad, y

al otorgamiento ha de concurrir tambien el menor, pues el curador para sola la administracion de los bienes carece de facultad para celebrar por sí solo contratos con un tercero, y así han de intervenir los dos en ellos (1). Al contrario, el tutor los celebra por sí solo á nombre del pupilo porque éste no puede obligarse civilmente en la edad pupilar, como se obliga ya el otro en la pubertad, segun se verá cuando se trate de las obligaciones y contratos.

6. Los tutores y curadores no pueden vender, trocar, donar, empeñar ni enagenar de otro modo los bienes raices del menor, ni aun los muebles preciosos, sino para pagar las deudas de su padre, casar otros hijos de éste, ú otras cosas indispensables; y aun en este caso ha de hacerse la enagenacion con otorgamiento del juez, precedido exámen y conocimiento de causa para averiguar si se sigue utilidad al menor, ó hay precision de hacerlo (2). Tampoco puede comprar alhaja alguna del menor sin expresa licencia judicial y conocimiento de los contutores, si los hubiere; pues de lo contrario tendrá el menor el derecho de reclamar contra ellos dentro de los cuatro años siguientes á los veinticinco años de edad (3). Así mismo no pueden hacer compromiso ni transaccion de las causas y negocios claros sin la referida licencia, aunque sí de los dudosos. En la práctica es corriente que cuando se impetra la licencia judicial, el juez nombra dos letrados para que espongan su parecer sobre las ventajas que resulten al menor del negocio de que se trata, y á esto se da el nombre de informe de utilidad.

[1] Ley 17, tit. 16, part. 6.

[2] Leyes 14, tit. 11, part. 4, 4, tit. 5 y 8, tit. 13, part. 5 y 18, tit. 16, part. 6.

[3] Leyes 4, tit. 5, part. 5 y 10, tit. 12, lib. 10, N.º 1.

(1) Leyes 19, 17, 19 y 20, tit. 16, part. 6.

CAPÍTULO IV.

DE LOS MODOS DE ACABARSE LA TUTELA Y CURADURIA

1. Causas porque se acaba la tutela y curaduría.
2. De las excusas para no admitir la tutela: unas son necesarias, y otras son voluntarias.
3. ¿Ante qué juez y dentro de qué término han de presentarse estas excusas?
4. Pena del tutor testamentario que rehusare la tutela sin excusa legítima.
5. Escusas por que pueden ser tenidos por sospechosos los tutores ó curadores y ser removidos como tales.
6. ¿Quiénes tienen obligación de acusar por sospechoso al tutor y curador?
7. ¿Ante qué juez se ha de instaurar la acusación?
8. Los bienes del tutor ó curador, los de sus herederos y fiadores están obligados á la responsabilidad de los daños que causen al menor.
9. Fenecida la tutela no puede el tutor ser obligado á admitir la curaduría aunque el padre del menor le haya nombrado en su testamento.

1. La tutela y curaduría se acaban por las siguientes causas: 1.ª Por cumplir veinticinco años el menor, con la diferencia de que la tutela termina á los doce en las hembras y á los catorce en los varones, y luego entra la curaduría que dura hasta los veinticinco años: 2.ª Por destierro, cautiverio, ó esclavitud y muerte del tutor ó curador, ó del huérfano: 3.ª Por la prohibición del menor: 4.ª Por cumplirse la condición y tiempo porque fué nombrado el tutor testamentario: 5.ª Por excusa legítima que el tutor ó curador tenga para no admitir la curaduría, de las que se tratará en el § siguiente (1): 6.ª Por remoción del tutor ó curador cuando es sospechoso, y se llama así el que usa de fraude en su oficio ó encargo, ó tiene mala conducta, aunque sea acaudalado (2), debiendo advertirse que el pobre por solo su indigencia no es sospechoso, con tal que tenga buena conducta.

2. Las excusas para no admitir la tutela ó curaduría son de dos clases: *necesarias y voluntarias* (3). Tienen excusa necesaria aquellos á quienes el derecho prohíbe ser tutores ó curadores, de los cuales se habló en el cap. 1.º, § 4.º

Las *voluntarias* se admiten en juicio por una de tres razones, á saber: por privilegio de que goza el nombrado, por impotencia y por honestidad. Por privilegio pueden excusarse de ser tutores y curadores los que tienen ó han tenido cinco hijos varones legítimos; los comisionados por algún pueblo durante su ausencia, pues restituidos á su patria deben ejercer su cargo; bien que hasta pasado un año desde el día de su regreso, no se les puede obligar á tomar otra tutela, si no la quieren; los jueces mientras ejercen la judicatura, advirtiéndoles que á todos éstos se les exime del cargo referido si se excusan antes de aceptarlo, mas no después de aceptado. También tienen excusa legítima por privilegio, los maestros públicos de gramática, retórica, filosofía, teología, jurisprudencia ú otra facultad, con las que se hallen en actual ejercicio, ya sea en su patria ó fuera de ella. Por impotencia se puede excusar igualmente el que tiene tres tutelas, bien que esta excepción no aprovecha al padre para no admitir la de su hijo; el pobre que ha de vivir forzosamente de su trabajo personal; el enfermo habitual; el que no sabe leer ni escribir; y el mayor de setenta años. Por honestidad puede excusarse el que tiene que demandar al huérfano sobre su herencia ó parte de ella; y el que tuvo ene-

(1) Ley 21, tit. 16, part. 6.

(2) La misma ley 21.

(3) Ley 2, tit. 17, part. 6.

TOM. I.

mistad con su padre, si no se hubieren reconciliado (1): el marido, pues éste por el motivo que da la ley 3, tit. 17, part. 6, no debe ser nombrado guardador de los bienes de su muger menor, bien que en el dia segun se ha dicho, puede el marido á los diez y ocho años cumplidos, administrar sus bienes y los de su muger, sin necesitar para ello de habilitacion ó vénia (2). Ultimamente debe escusarse el que fuere nombrado curador de su nueva despues de contraido el matrimonio.

3. Las excusas han de presentarse al juez del pueblo en donde estuviere hecho el nombramiento, dentro de cincuenta dias siguientes á aquel en que se les dió noticia judicial de estar nombrados, si no distare mas que cien millas del pueblo en que residen (3); pero pasando de aquellas la distancia, tienen un dia mas por cada noventa millas de exceso y treinta despues de ellos. El espediente acerca de la admision de excusa se debe terminar dentro de cuatro meses contados desde el dia en que se empezó el término, y sustanciarse con el curador que se nombra al menor, y el que se sintiere agraviado de la declaracion del juez puede interponer apelacion en la forma ordinaria. El que no alegare la excusa dentro del referido término, por este mero hecho queda obligado á ejercer el cargo, pues se presume que le aceptó (4). Tampoco le servirá de excusa alguna para dejar de ejercer la tutela ó curaduría al que administra ó consiente que se le confirme el cargo, á no ser que esta confirmacion se

haga contra su voluntad. Así mismo no aprovechará para eximirse del cargo la excusa de no encontrar quien lo fie, á menos que lo acredite. Ultimamente, no servirá de excusa al recién casado una ley del Antiguo Testamento que suele alegarse (1), y la cual liberta de la tutela dentro del año nupcial; pues esto solo se observará en donde hubiere una costumbre inconcusa.

4. El tutor testamentario que rehuse la tutela sin excusa legítima, perderá el legado ó lo que le hubiere dejado el testador, conociéndose que éste hizo la dádiva ó legado con el fin de que admitiese dicho cargo; mas si pareciere que no lo hizo con este fin, no perderá aquel legado, por no estar inherente á éste obligacion alguna.

5. Viniendo ahora á los tutores y curadores sospechosos, las causas porque pueden ser tenidos por tales, y por consiguiente ser removidos de la tutela y curaduría, son las siguientes: 1.º Por haber sido tutor ó curador de otro huérfano y malversado su hacienda, ó enseñándole malas costumbres: 2.º Por haberse descubierto despues de elegido que es enemigo del huérfano ó de sus parientes: 3.º Por decir ante el juez que no tiene de que alimentar al huérfano siendo falso: 4.º Por no hacer inventario de sus bienes: 5.º Por no defender al pupilo en juicio y fuera de él: 6.º Por esconderse y no querer mostrarse sabido su nombramiento (2): 7.º Por no hacer el uso conveniente de las rentas del huérfano para proporcionarle la debida manutencion. 8.º Por vender ó empeñar sin decreto judicial algunos bienes de los que no puede enagenar sin dicho requisito: 9.º Por privarle inconsideradamente de

(1) Ley 2, tit. 17, part. 6.

(2) Ley 7, tit. 2, lib. 10, N. R.

(3) Ley 4, tit. 17, part. 6. Cada tres millas componen una legua segun la Real orden de 20 de Enero de 810, la legua se compone de 20.000 pies, y de ésta se usará así en los caminos reales, como en los tribunales y fuera de ellos.

(4) Ley 4, tit. 9, part. 6.

(1) Deuter. cap. 24.

(2) Ley 1, tit. 18, part. 6.

alguna herencia renunciándola en su nombre.

6. Están obligados á acusar de sospechosos al tutor ó curador, la madre, abuela, hermana ó nodriza del menor, y á falta de éstas puede hacerlo cualquiera del pueblo varón ó hembra, siendo púbero; pero si no hubiere quien lo hiciese, puede el juez de oficio y por su propia autoridad, siendo notorio el perjuicio que se sigue al menor, remover al tutor ó curador sospechoso, pidiéndole cuentas, nombrando entre tanto otro que cuide del menor y de sus bienes (1); y por regla general mientras dura la acusacion y el juicio de un tutor sospechoso, se debe nombrar curador interino al menor, debiendo el culpable resarcir á éste el daño que le haya causado.

7. La acusacion se ha de instaurar ante el juez del lugar en que el huérfano tiene sus bienes; y si el tutor ó curador fuere removido por mala versacion, se le tendrá por infame, mas no si lo fuere por opinion ó negligencia (2). Los parientes del mismo huérfano por su orden son responsables, en subsidio, de la mala versacion y administracion del tutor ó curador, si viéndola ó sabiéndola no dan cuenta al juez para que se la quite.

8. A la responsabilidad de los daños que el tutor ó curador irroga al pupilo, no solo están obligados sus bienes y los de sus herederos en cuanto lo son, sino tambien los de sus fiadores desde el dia que aceptan aquellos el cargo hasta que dan cuentas y satisfacen (3). Estos fia-

dores, aunque pretendan que el tutor ó curador los exonere de la fianza, no deben ser oídos, porque esta fianza se constituye por tiempo fijo y determinado, cual es el de la tutela ó curaduría; pero si advirtieren que el tutor ó curador se conduce mal en la administracion de los bienes, deberán acusarlo como sospechoso, y pedir se le separe de la administracion.

9. Feneceida la tutela por haber llegado el huérfano á la pubertad, no está obligado el tutor á recibir la curaduría si no quiere, aunque el padre de aquel lo haya nombrado curador en su testamento (1); pero debe dar cuentas de la tutela al curador que le suceda, y si fuere removido por sospechoso, al que nombre el juez, así como el curador debe darlas al menor luego que éste cumpla veinticinco años. Si dicho tutor no hubiere dado cuenta de su administracion, ni entregado al curador los bienes y papeles que tenia del menor, estará obligado en la pubertad de éste, á proseguir las causas y negocios conexos con los principiados en la edad pupilar. Ultimamente, para que no pueda compelerse al tutor á entrar en la curaduría, no solo debe pedir ó instar que se dé curador al púbero, sino presentar su cuenta, hacer la entrega referida y no mezclarse entre tanto en cosa alguna, pues si se mezclare, se le podrá compeler á la continuacion, quedando obligado por la accion de procurador voluntario (2).

[1] Ley 9, tit. 17, p. 6.

[2] Como es indispensable que para la remocion de los tutores y admision de las escuelas, haya conocimiento de causa, incumbe al juez discernir si el caso propuesto es absolutamente de ley en vista de lo que resulte del proceso.

(1) Leyes 2 y 3, tit. 18, part. 6.

(2) Leyes 1, 9, y 4, tit. 18, part. 6.

(3) Leyes 23, tit. 13, part. 5, y 21, tit. 16 p. 6.

CAPÍTULO V.

DE LA DECIMA QUE HAN DE PERCIBIR LOS TUTORES Y CURADORES POR SU ADMINISTRACION.

1. Derecho que tienen los tutores y curadores á percibir la décima parte de los frutos que produzcan los bienes del menor.
2. La décima no se limita á los frutos naturales sino que tambien se estiende á los civiles.
3. Se ha de pagar la décima en los mismos frutos á arbitrio de buen varon.
- 4, 5 y 6. ¿Qué deducciones deberán hacerse para la computacion de la décima?
7. Facultades concedidas al tutor y curador para asegurar el pago de la décima.
8. ¿De qué bienes no pueden exigir décima los tutores y curadores?
9. Ningun testador puede prohibir al tutor ó curador que perciba la décima como tampoco imponerle gravámen alguno en ella, y razones por qué.

1. Los tutores y curadores, cumpliendo como deben, tienen derecho á percibir y tomar por sí propios la décima parte de los frutos que produzcan los bienes de los menores durante la tutela ó curaduría, y aun de los que recojan fenecidas éstas (1). Corresponde el referido derecho no solo á los tutores ó curadores extraños, sino tambien á la madre, hermanos y demás parientes del pupilo, é igualmente al padre cuando es tutor y administra bienes de su hijo, siempre que sean de aquellos cuyo usufructo no le concede el derecho; en cuyo caso está obligado á hacer inventario y dar cuenta como los demás tutores; mas no cuando es administrador legítimo de su hijo por derecho y efecto de la patria potestad, pues entonces hace suyo el usufructo de los bienes adventicios de éste, segun dije en otro lugar. Esta décima se debe á los tutores y curadores, de cualquiera clase que sean, desde el dia que llega á su noticia el nombramiento, si éste fuere absoluto; pero siendo condicional desde aquel en que se verifica la condicion. Y aun que sean varios los tutores ó curadores, no deben percibir mas que una décima, repartiéndola entre todos.

2. La décima no se limita á los frutos naturales, producidos y percibidos por el tutor ó curador, sino se estiende tambien á los industriales y civiles, cuales son los réditos, pensiones é intereses de acciones, tráfico ó negociacion de cualquiera clase. Tampoco se limita la décima á los frutos de los bienes que el menor posee en los dominios donde aquella está concedida por las leyes, sino tambien de los que posee en otros países donde la administracion sea gratuita segun las leyes allí vigentes; pues siendo unos mismos los cargos de administrar, dar cuenta &c., debe ser igual la recompensa.

3. La décima se ha de pagar de los mismos frutos, á arbitrio de buen varon, atendiendo á la calidad de aquellos, y á si admiten ó no division cómoda, procurando que el tutor ó curador lleve de todo, esto es, bueno, mediano, y malo; pues cuando por disposicion del hombre ó de la ley se debe alguna cuota, debe deducirse en los términos expresados.

4. De la décima referida no han de deducirse los gastos que haga el tutor ó curador en la administracion de los bienes del menor, porque entonces no la percibiría íntegra como es debido; además de que por frutos se entiende todo el producto que resulta despues de rebajados los

[1] Leyes 3, tit. 3, lib. 4 del Fuero Juzgo y 2, tit. 7, lib. 3, del Fuero Real.

gastos. Sin embargo, deben ser de cuenta del tutor ó curador los que hicieren en ir á cobrar, aunque sea lejos, las rentas del menor, pues que tienen salario para ello, que es la décima; y últimamente, tampoco se les abonará lo que pagaren al sugeto de quien se valgan para negocios de su administracion, pues deben satisfacer este trabajo de su décima.

5. De las tierras, viñas, olivares, huertas y demás fincas que se labran y cultivan de cuenta del menor, y que producen los frutos llamados naturales, deben rebajarse los gastos del cultivo; y de los ganados el costo de criarlos, incluso el salario de los pastores: del residuo, que es el fruto, ha de sacar el tutor la décima parte para sí, y las otras nueve quedarán para el menor. En las casas ú otros cualesquiera edificios, se han de rebajar para deducir la décima, los reparos menores indispensables para su habitacion, y facilitar el pago de alquileres y rentas; mas no los gastos mayores (cuya regulacion queda á arbitrio del juez); porque éstos se dirigen á la duracion y aumento del valor de la finca, y por consiguiente ceden en utilidad del menor, así que si se hiciere esta deduccion, el tutor contribuirá con su trabajo y pérdida de la remuneracion que le es debida al aumento de los bienes de su menor, siendo así que no tiene esta obligacion, sino solo la de conservárselos. En orden á si deben bajarse ó no las cargas anuales con que están gravados los bienes del menor, hay variedad de opiniones; pero la mas probable y conforme á la práctica, es que no debe bajarse: lo 1.º Porque la ley del Fuero concede indistintamente al tutor la décima de los frutos sin hablar de la deduccion de cargos: 2.º Porque se diferencian mucho las cargas de las fincas y los gastos de los frutos, y no debe sacarse con-

secuencia de lo uno para lo otro: 3.º Porque el tutor respecto de la décima se asemeja al usufructuario, quien percibe íntegramente los frutos de la finca sin deduccion de cargas. No obstante, si el menor estuviere obligado á pagar cada año alguna cuota de los mismos frutos, en tal caso se deducirá ésta antes que la décima del tutor, porque realmente no es propia del pupilo.

6. En los artefactos industriales, por ejemplo una ferrería, se han de bajar los gastos de las primeras materias, jornales de operarios, conduccion y otras cosas necesarias, porque todo esto es caudal del menor, y no fruto ni producto. Si para continuar ó aumentar el tráfico ó la industria buscare dinero el tutor, se deducirá ante todas cosas como caudal ageno, igualmente que los intereses pagados ó que se deban de él: lo mismo se hará cuando el tutor acreditare lo que suplió y era necesario.

7. Si estando maduros en el campo, y separados ó no del suelo los frutos espirose la tutela, puede el tutor prohibir al menor ó curador de éste que se los lleven ó cojan sin su intervencion; pues el que tiene parte en los frutos por razon de la décima, parece tenerla en la finca que los produce. Y si el menor cuando llega á la mayor edad se negare á dar la décima á su curador, puede éste retener los bienes que tenga de aquel hasta que se la pague: advirtiéndolo por punto general que cuando el tutor ó curador son acreedores del menor, pueden reintegrarse por sí mismos en dinero ó bienes inmuebles; pero si quisieren tomar en pago bienes inmuebles, ha de ser observando las solemnidades que se requieren en la venta de los pertenecientes á menores, y de que se hablará en su lugar.

8. No debe exigir décima el tutor de

los réditos y porciones que no hubiere cobrado, aunque hayan vencido al acabarse la tutela; porque en la produccion y cobranza de ellos no puso trabajo alguno, y la conservacion de la décima parte que le señala la ley es por remuneracion. Tampoco debe cobrar décima del aumento que sobrevienen de las fincas del menor, porque no es fruto; ni del tesoro que se hallare en la casa ó finca del menor, porque es aumento de su patrimonio, y no fruto; ni de las donaciones que se hacen al menor, por la misma razon. Así mismo no debe percibirse décima de lo que el menor gana con algun arte, industria ú oficio, ni de los réditos ilícitos, ni

de los frutos del beneficio ó capellanía que goza el menor, bien que si el padre de éste hubiere dejado arrendado el beneficio, podrá el tutor exigir la décima de los frutos que de él recoja.

9. Ningun testador puede prohibir al tutor ó curador (ya le nombre ó no en su testamento), que perciba la décima ó imponerle gravámen alguno en ella; lo 1.º Porque nadie tiene facultad para quitar un beneficio concedido por la ley ó la costumbre: 2.º Porque á ninguno se debe privar del derecho que le corresponde sin su consentimiento, ni obligarle á que trabaje sin recompensa (1).

CAPÍTULO VI.

DEL PRIVILEGIO DE RESTITUCION IN INTEGRUM QUE CONCEDE LA LEY A LOS MENORES DE VEINTICINCO AÑOS; Y DE LA LICENCIA QUE PUEDEN OBTENER PARA ADMINISTRAR SUS BIENES SIN DEPENDENCIA DE CURADOR.

- 1 ¿Qué quiere decir restitucion y en qué se funda este privilegio?
- 2 ¿Qué deberá probar el menor para conseguir esta restitucion?
- 3 Diversos medios que tiene el menor para el resarcimiento del perjuicio segun se haya celebrado el contrato.
- 4 Restituido el menor en un contrato debe devolver al otro contratante el lucro que hubiere percibido en virtud de tal contrato.
- 5 ¿Qué tiempo concede la ley á los menores para pedir la restitucion?
- 6 ¿Si aprovechará la restitucion á los fiadores del menor?
- 7 El beneficio de restitucion se trasmite á los herederos del menor.
- 8 El juez ha de conceder la restitucion con conocimiento de causa.
- 9 Casos en que el juez debe denegar la restitucion.
- 10 De otras personas y corporaciones á quienes compete este beneficio, como si fuesen menores.
- 11 El menor puede obtener dispensa de edad para regir y administrar sus bienes sin dependencia de tutor ó curador.

1. Es la restitucion *in integrum*, la anulacion del negocio que se trató con el menor, por el daño que á éste ha resultado, ó la reposicion de la cosa al estado que tenia antes de suceder aquel perjuicio (2). Fundándose este privilegio en que los menores por su debilidad y poca es-

[1] Ley 13, tit. 33, p. 7.

[2] Leyes 1, tit. 25, p. 3; 1 lib. 18, p. 6; y leyes 1 á 5, tit. 13, lib. 11, N. R.

periciencia, como tambien por culpa ó negligencia de sus tutores ó curadores, están espuestos á padecer frecuentes daños.

2. Para conseguir el menor la restitucion, ha de probar dos cosas: 1.ª que es menor: 2.ª que ha recibido daño por su inesperienza, por culpa del tutor ó curador, ó por engaño de otro (1), así en los actos judiciales como en los extrajudiciales de cualquier naturaleza que sean (2). En virtud de este privilegio, puede el menor renunciar la herencia despues de aceptada, manifestándolo así á los acreedores que tenga contra sí la misma; y entonces el juez, visto el daño que resulta al menor, concede la restitucion poniendo primeramente en seguridad las cosas pertenecientes á la herencia (3). Tratando de prescripciones, la de veinte años ó menos tiempo no corre contra los menores, sino en el caso de que haya empezado contra sus predecesores, y entonces les corresponde la restitucion en cuanto al tiempo corrido durante su menor edad; pero las de mayor tiempo corren contra los que pasan de catorce años; aunque pueden rescindirise por medio de la restitucion (4).

3. Cuando en el contrato celebrado entre el menor y otra persona no se hubieren observado las solemnidades que prescribe el derecho, puede aquel ó aprobarlo si le fuere útil, y obligar al otro contrayente á su cumplimiento, á pesar de la nulidad, ó reprobalo por serle perjudicial, y entonces no está obligado á pasar por él, ni su contrario puede obligarlo á ello; en cuyo caso tiene que valerse del auxilio de la restitucion, porque el contrato es nulo por derecho. Si el me-

nor hubiere sido perjudicado en el contrato, habiéndose observado en éste las debidas solemnidades, es necesario hacer la distincion siguiente: Si el tutor le perjudicó por culpa suya, compete al menor la alternativa ó de pedir que se le indemnice y reintegre del daño que se le causó; en cuyo caso este remedio ordinario no hace cesar el de la restitucion que es extraordinario, por cuanto se dirige contra distintos sugetos. Mas si la lesion hubiere provenido de omision del tutor, y no de culpa suya debe reconvenirle primero ordinariamente sobre la reintegracion del perjuicio, excepto en los dos casos siguientes: 1.º Cuando el menor puede ser reintegrado mejor y mas pronto por la restitucion que por la repeticion contra su tutor; pues aunque este remedio es extraordinario y cesa cuando tiene el ordinario, esto se entiende en el caso de que por ambos pueda indemnizarse igualmente el menor; y por consiguiente, siéndole mas útil el extraordinario, no se le reprueba el uso de él: 2.º Cuando el tutor esté insolvente ó fallido en todo ó en parte; pues entonces se concede en subsidio la restitucion por el daño que le provino de la culpa ó negligencia de aquel. Ultimamente, el tutor no tendrá responsabilidad alguna, si constare que no puede imputársele fraude, culpa ó negligencia.

4. Haciendo ver el menor por el mismo contrato debidamente celebrado, que recibió perjuicio, ha de ser restituido como en cualquiera otro acto perjudicial indistintamente; pero entonces estará obligado á devolver al otro contrayente todo lo que percibió en virtud de tal contrato, pues no debe lucrar con perjuicio ageno. La prueba de que hubo semejante lucro, corresponde al otro contrayente cuando lo afirme.

[1] Ley 2, tit. 19, p. 6.

[2] Leyes 2, tit. 25, p. 3; 3 y 5 lib. 19, p. 6

[3] Ley 7, tit. 19, p. 6.

[4] Ley 9, tit. 19, p. 6.

5. Para pedir restitucion, concede la ley á los menores todo el tiempo de su menor edad, y cuatro años despues, que suele llamarse el *cuadrenio legal*, y pendiente el juicio de restitucion no puede hacerse en él cosa alguna nueva (1).

6. La restitucion no aprovechará á los fiadores del menor; excepto el caso en que haya intervenido engaño en el mismo negocio que motivó la fianza, pues entonces deberá hacerse el resarcimiento á beneficio del menor y sus fiadores (2).

7. Aunque el beneficio de restitucion es personal, se trasmite á los herederos del menor, quienes por muerte de éste pueden usar de dicho remedio dentro de los cuatro años siguientes al en que cumplió el menor los veinticinco (3); porque siendo la causa inmediata del privilegio, no la persona de aquel sino el daño que recibe, no se extingue con la muerte; y así es que puede cederle aun cuando le compete por derecho especial.

8. El juez ha de conceder la restitucion con conocimiento de causa, llamando ante sí á la otra parte á quien se hace la demanda; y si viere que el pleito, juicio ó diligencia sobre que demandan el reintegro fué en daño del menor, debe volver el negocio al estado en que antes se hallaba; de modo que cada una de las partes tenga á salvo su derecho como antes lo tenian (4).

9. El juez debe denegar la restitucion en los casos siguientes prevenidos por las leyes: 1.º Si el menor al tiempo de contraer ó celebrar el negocio, dijere que es mayor de veinticinco años y por su persona pareciere tal (5): 2.º Si el huérfano habiendo ya cumplido diez años y

medio fuere sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes, ó se hiciere culpable de adulterio siendo ya mayor de catorce años (1):

3.º Si el deudor del menor pagase á éste la deuda con otorgamiento del juez; pero faltando esta circunstancia aunque el menor mal gaste el dinero, tiene el beneficio de la restitucion (2):

4.º Si el perjuicio que hubiere sufrido el menor por sus tratos proviniere de un acontecimiento casual y caso fortuito, como llama el derecho, y no de engaño y culpa de otro (3):

5.º Si dada sentencia contra el menor, le confiere el remedio de nulidad de aquella (4):

6.º Si el menor cumplidos los catorce años jurase no usar de este beneficio para rescindir los contratos (5). Pero la ley que esto previene no está en observancia, sin duda por el grande abuso que pudieran hacer los menores de estos juramentos en perjuicio suyo: 7.º Tampoco corresponde este beneficio al menor cuando en su mayor edad aprueba el contrato celebrado antes de ella, espresa ó tácitamente, que es cuando siéndole conocida la lesion dejó pasar el tiempo prescripto por la ley para pedir la restitucion, ó practica otros actos que inducen la ratificacion del contrato; siendo de advertir que ésta puede ser ó del contrato celebrado por un tercero á nombre de aquel que lo ratifica, ó del que éste hace con nulidad; la cual puede subsanarse igualmente que la lesion por la ratificacion espresada: 8.º

Tampoco se da restitucion de algunos términos dilatorios llamados por esto fatales, como el de nueve dias para inten-

[1] Ley 2, tit. 25, p. 3.

[2] Ley 4, tit. 12, p. 5.

[3] Ley 8, tit. 19, part. 6.

[4] Ley 1, tit. 25, part. 3.

[5] Ley 6, tit. 19, part. 6.

(1) Ley 4, tit. 19, part. 6.

(2) Ley 4, tit. 14, part. 5.

(3) Ley 2, tit. 19, part. 6.

(4) Ley 1, tit. 25, part. 3.

(5) Ley 6, tit. 19, part. 6.

tar el retracto de sangre ó abolengo (1); el de tres dias para suplicar de la sentencia interlocutoria (2); el de seis para tachar los tetigos (3); y otros, de que se hará mencion cuando tratemos de los juicios (4).

10. Las iglesias, ciudades, universidades, los consejos y el fisco se consideran como menores bajo este concepto, y les corresponde el beneficio de la restitucion quando reciben perjuicio por negligencia ó engaño de otro, y debe pedirse la restitucion dentro de cuatro años contados desde el dia en que recibieron el perjuicio; y si éste fuere en mas de la mitad del justo precio, dentro de treinta años (5). Gozan tambien del mismo beneficio por igual razon los que sufren perjuicio por algun contrato que se les obligó á celebrar por fuerza ó miedo grave, esto es, temor de muerte, herida ó pérdida de su libertad, ó buena fama (6). Corresponde además la restitucion á aquellos cuyas cosas han sido prescriptas estando ellos ausentes por causa de guerra, mandato del gobierno, estudios, cautiverio ú otra semejante; y se les cuenta el cuadrienio para pedirla desde el dia

en que se restituyeron á sus hogares, y á sus herederos desde aquel en que se verificó su muerte durante la ausencia (1). Ultimamente se concede la restitucion á aquellos que tratando de demandar alguna cosa á otro, la enagena éste á quien sea mas poderoso, para que el demandante tenga un opositor mas formidable. Si así sucediere, podrá aquel usar del beneficio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere ó el resarcimiento de perjuicios al que la enagenó segun mas le convenga (2). Para dar entrada á esta clase de acciones es preciso que la enagenacion se haya hecho engañosamente ó con dolo (3), y por tanto no habrá lugar á ella quando éste falte.

11. La última observacion que me resta acerca de los menores, es que pueden acudir al congreso pidiendo por gracia se les habilite ó conceda vénia de edad para regir y administrar sus bienes sin dependencia de su curador: la cual suele otorgárseles prévia la formacion del expediente respectivo, y de los demás trámites que son necesarios para expedirse una ley.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

Sobre la tutela y curaduría.

Es indudable que la tutela es útil y necesaria á los huérfanos y á la misma

sociedad en general. ¿Qué seria de un niño ó muchacho entregado á sí mismo! Aun suponiendo que pudiese existir, carcereria de toda educacion; no cuidaria de dedicarse á algun oficio ó carrera de

(1) Ley 2, tit. 13, lib. 16, Nov. Rec.

(2) Ley 1, tit. 21, lib. 10, Nov. Rec.

(3) Ley 10, tit. 19, part. 6.

(4) Además de este privilegio de la restitucion, gozan los menores de otros que se expresarán en los respectivos lugares de esta obra.

(5) Ley 10, tit. 19, part. 6.

(6) Ley 56, tit. 5, part. 5, y l. 7, tit. 33, part. 7.

(1) Leyes 10, tit. 23 y 28, tit. 29, part. 3 y 4, tit. 34, lib. 11, Nov. Rec.

(2) Leyes 30, tit. 2 y 15, tit. 7, part. 3.

(3) Ley 15, tit. 7, part. 3.

que poder subsistir; entregado á vicios seria un ente inmoral; estaria espuesto á todas las seducciones y violencias respecto de los bienes que tuviese; en fin, seria un hombre perjudicial á la sociedad bajo todas consideraciones. La ley, pues, debe vigilar sobre los pupilos, no á la verdad poniendo á la carga del estado su educacion y cuidados, como lo hacian antiguamente los espartanos y persas, sino tomando medidas para que á costa de ellos sean protegidos y atendidos. Esto se conseguirá ó á lo menos será un medio de conseguir la tutela.

NOMBRAMIENTO DE TUTOR.

¿Hasta qué edad pondremos al huérfano en este estado de dependencia? La ley nos dice que los varones hasta los catorce años y las hembras hasta los doce, términos en mi concepto muy cortos y anticipados. En efecto, si un jóven menor de catorce años tiene necesidad del auxilio de un tutor para atender á su persona y bienes, tambien le es muy conveniente despues de ellos. Aquí empieza precisamente la edad de las pasiones, y por consiguiente la necesidad de poner freno á ellas; aquí el tiempo de adquirir una buena educacion; aquí el formar cálculos para la existencia ulterior. ¿Pero qué hará abandonado á sí mismo en esta edad tan peligrosa? Ya lo he dicho arriba: sus pasiones tomarán fuerza; la educacion será desatendida; y no sacará provecho del porvenir. Por lo mismo seria en mi concepto acertado constituir bajo la tutela á los huérfanos de ambos sexos hasta los veintitres años, quitando de esta manera la distincion entre ella y la curatela adoptada por los romanos. Segun éstos, era voluntario tomar ó no curador, y para ello se fundaban en la in-

significante razon de que obligándose á recibirlo á los locos y pródigos, parecia ser una ignominia equipar con éstos á ciudadanos dotados de buen entendimiento. Este proceder legislativo es á la verdad muy ridículo; preguntaré yo ¿un menor no es incapaz de gobernarse bien, así como lo es un loco? ¿No conviene en tal caso dirigirle por medio de una persona capaz? Pues si esto le es útil, no debe retraernos para adoptar la medida el que tambien se adopte lo mismo respecto del otro.

Se establece por regla general, que cualquiera puede ser tutor fuera de las personas que á continuacion se espresan. Como el objeto de la tutela es dirigir y defender bien al pupilo y sus bienes, es claro que los que no pueden hacer esto no deben ser encargados de ella. No puede, pues, dudarse que los impedidos físicamente se hallan en este caso; los menores de veintitres años, en los que he fijado la mayoridad, se hallan bajo la patria potestad ó tutela, y tampoco pueden gobernar á otros, cuando ellos mismos son juzgados incapaces para su propia direccion. Las mugeres no son tampoco muy adecuadas para una tutela, particularmente donde hay bienes que administrar ó son varones los huérfanos; los obispos, frailes, clérigos y militares parece que no deben ser distraidos de sus destinos; y no es prudente confiar la administracion á los deudores, obligados á la real hacienda y á enemigos. Así con pocas modificaciones pueden admitirse todas estas excepciones.

El derecho que se concede al padre de nombrar tutor al hijo para despues de su muerte, es uno de aquellos que están constituidos y ejerce en utilidad de éste. Movido por una inclinacion y afecto natural á obrar en favor de él, continuará

su vigilancia mediante esta facultad aun despues del fallecimiento, instruido de sus necesidades, sabrá hacer una buena eleccion mejor que otro cualquiera. Por otra parte, no es de creer que abuse de este derecho, pues que no tiene ninguna utilidad en ello: al contrario, aunque el padre haya sido en vida un ente desnaturalizado, es probable que en el acto sério de hacer su testamento, cuando la muerte ocupa todo su pensamiento, trate de hacer un buen oficio. Por estas razones no deberia limitarse el poder del padre hasta los catorce años solamente, como lo hace nuestra ley. Esta que copió á la romana, se fundó sin duda en la misma razón que ella, á saber: que pudiendo el hijo hacer testamento á los catorce años cumplidos, seria una inconsecuencia dar al padre derecho de nombrarle tutor para una época en que el mismo hijo es hábil para testar. El lector juzgará si esta razon es de una buena lógica, y se verá despues en el tratado de testamentos, si conviene ó no conceder la testamentificacion en la espresada edad. Por mi parte estoy persuadido de que es útil dar al padre la facultad de nombrar tutor hasta la mayor edad, y esto basta para que lo adopte en mi plan.

Segun he dicho antes, parece que la madre debe ejercer los derechos de patria potestad despues de la muerte del padre, y por consiguiente ser la tutora general de los hijos. Por lo mismo creo que no deberia darse lugar á la disposicion que concede al padre el poder de nombrar á un sujeto estraño por tutor de su hijo, y aun sobreviviendo su muger. Es verdad que en este hecho el marido manifiesta hácia su muger una desconfianza ó aversion; pero hasta aquí no hay una prueba de que lo haga en interés del hijo, y en falta de ésta, parece que debe confiarse

en el afecto materno, cual no debe suponerse menor en ella que en aquel. El fundamento de esta medida fué sin duda la exclusion general de las mugeres de todos los negocios civiles; pero ya no es tiempo de que prevalezca esta razon.

Por iguales consideraciones la viuda debe tener derechos de nombrar tutor en los mismos términos que el padre, y no limitarlo á los casos en que los instituya por herederos. La ley no concede sin duda esta confianza, sino fundada en el sumo cariño y activo interés que se tiene hácia los hijos, y bien se vé que este cariño é interés, si no son mayores, á lo menos tienen igual fuerza en las madres. Tal vez puede pensarse que una muger no tendrá suficiente discernimiento para hacer una eleccion acomodada á las necesidades del hijo. Sin embargo, me parece que la principal cualidad de un tutor debe ser la probidad, pues que rara vez instruye éste por sí al pupilo; y no debemos hacer á las mugeres tan faltas de razon, que no vean quien es el sujeto que podrá administrar con pureza los intereses pecuniarios del menor.

A falta de tutor testamentario, la ley provee á la guarda del huérfano señalando de antemano las personas que han de ejercer el cargo, lo cual no se puede menos de aprobar. Esto es útil á los pupilos; porque debiendo entrar ellas á la administracion en virtud de la ley, no hay vacío en que puedan ser perjudicados; el que se verificaria acaso dando lugar á nombramientos, aceptaciones, excusas, fianzas y otras formalidades. En lo demás no hay necesidad de advertir que para poner á los dementes bajo la tutela, deberán ser reconocidos tales por los facultativos, y declarados así por el juez, no sea que se quiera tener en ella, á pretesto de locura; á los que sean tal vez

mas sanos que los mismos que pretenden ejercerla.

Como la ley en esta provision de la tutela solo busca el bien del pupilo, es consiguiente que se eche mano para ella de los que se presume que tienen ácia él un buen afecto; porque cuanto mas ama uno á cierta persona, tanto mas se empeñará en su bienestar. Generalmente pues, la mayor proximidad de parentesco causa mas cariño, segun prueba la experiencia; pero esta regla falla algunas veces, y por consiguiente deben preverse los casos en que confiándose la tutela á sus parientes, atentasen contra el pupilo, tal vez solo por las relaciones que median entre ambos. A la verdad este peligro en concepto de algunos existe con algun fundamento, cuando el tutor es al mismo tiempo heredero legítimo del huérfano, y este temor debe aumentarse en razon de la mayor riqueza del pupilo y pobreza del tutor. Convendria por lo mismo en opinion de ellos, para quitar las malas tentaciones, separar al menor de la compañía y dependencia de su pariente, dejando á éste la mera administracion de los bienes, los cuales trataria de mejorar por la esperanza de heredarlos acaso algun dia. Así lo hizo Carondas, el cual dió á los agnados el gobierno de los bienes, y á los cognados el cuidado de la persona; tambien Solon encomendó á los agnados los mas remotos todo el ejercicio de la tutela. Sin embargo, estos miedos podrán parecer á otros mas aparentes que reales, pues rara vez se habrán visto ejemplos en contrario, y yo me agrego á este modo de pensar. En tal caso debe confiarse el cargo en primer lugar, á los abuelos paternos; en su falta á los maternos; y despues de ellos á los tios. La madre como se ha dicho, debia ejercer la patria potestad, y no po-

dria llamarse tutela á su autoridad, segun la significacion que comunmente se da á esta voz.

Establecida así la tutela legítima, se exige de la madre y abuela, para que puedan tomar el cargo de sus hijos ó nietos, la promesa de no casarse, y la renuncia del beneficio que tienen las mugeres de no quedar obligadas por las fianzas que hagan. Pero ejerciendo la madre la patria potestad despues de la muerte del marido, no le puede corresponder la presente disposicion, y ésta respecto de la abuela es ineficaz y sin utilidad. ¿Quedará inhábil para contraer matrimonio en virtud de tal promesa? No sin duda; luego es ineficaz ¿El pupilo y sus bienes serán mejor administrados interviniendo la otra renuncia? Yo no lo veo, siendo así que el oficio del tutor no consiste en otorgar fianzas á favor de terceros ni de los mismos pupilos. Otra cosa es que se quiera quitar á la abuela, quando trate de casarse, la tutela del nieto ó nieta. Entonces esto será, no por la razon que nuestras leyes alegan de que por el amor ácia su marido se descuidará de ellos, sino porque una muger casada como dependiente de éste, no puede hacer por sí ningun acto civil. Así el esposo, que es una persona estraña para el pupilo, seria el verdadero tutor y administrador; y en mi concepto este es el caso en que se pudieran temer los resultados indicados precedentemente. Pero como digo, esto no debe tener lugar respecto de la viuda que se vuelve á casar; porque por el mucho afecto que se le ha de suponer ácia él, no dejará de influir con su marido para que obre en interés del hijo.

Que la tutela es una carga pública, que nadie puede librarse de ella sin justa causa, que la ley impone la obligacion de llevarla, en falta de nombramiento del

padre, á los parientes mas próximos, son principios proclamados por el derecho romano y el nuestro. En su vista parece una contradiccion el que despues se diga que los parientes no están obligados á recibirla, aunque sí á pedir al juez que les provea de ella. Yo creo que en el dia ni hay necesidad ni es prudente considerar la tutela como carga pública, así destruido este principio desaparecerá la contrariedad, y no habrá inconveniente en dejar á los parientes en libertad de aceptar ó no el cargo tutelar. Me propongo hablar de este asunto en el capítulo de las exenciones, y el lector podrá ver allí las razones en que fundo esta mi opinion.

En falta de tutor testamentario y legitimo, que reciba la direccion del huérfano, debe tomarla el encargado de vigilar por los intereses generales, esto es el juez. Pero esto no puede sin duda hacerlo por sí, y habrá de confiarlo á otra persona que se interese en el bienestar del pupilo; á cuyo efecto deberá informarse antes de sus buenas cualidades. El juez del domicilio habrá de ser pues quien ejerza el derecho de nombrar tutor, por la razon sencilla de que él es quien conoce mejor las necesidades del huérfano y las circunstancias de los que pueden usar bien del oficio. Las leyes romanas miraron con mucho interés este asunto, y solo concedieron á ciertos magistrados la facultad de dar tutor; los pretores, presidentes de provincias y cónsules fueron adornados sucesivamente de este poder; se creó despues un protector tutelar, y se estendió luego este derecho á otros varios funcionarios. Mas no es necesario que se atribuya esta comision á una altura tan grande. Al contrario, ellos no la llenarán con tanto acierto como los jueces inferiores; porque es claro que no podrian estar tan bien informados como éstos, de los

pormenores de las personas. Basta para hacer un buen nombramiento tener cierto discernimiento y conocimiento de las personas, y esto no se puede suponer sino á los jueces del domicilio.

Los enfermos habituales con enfermedad que les impida gobernarse, se equiparan á los menores, y justo es que la ley vigile por sus personas ó haciendas; pero la ausencia cualquiera, no será bastante para que el juez empiece á echar mano sobre los bienes del ausente; porque de lo contrario se daría á éste facultad de ingerirse cuando quiera entre las familias. Así convendria fijar la época por tres, cuatro ó cinco años, despues de los cuales el tribunal haria la declaracion de ausencia y nombramiento de persona que los cuidará, prévia informacion de la que constase no haber noticias de su paradero, y de que no dejó ningun encargado de sus cosas. Sin embargo, aun en estos casos entiendo que es una impropiedad llamar tutor á esta persona encargada del cuidado de los bienes; porque en términos técnicos, este cargo se ejerce respecto de los huérfanos, y parece que el nombre de administrador es el que le conviene.

ADMINISTRACION.

Vamos ahora á ver la administracion tutelar. La vigilancia de la ley respecto de los huérfanos incapaces de gobernarse, seria sin duda ilusoria si se contentase con solo darles un tutor. Desgraciadamente el hombre es arrastrado frecuentemente por el interés pecuniario á faltar á sus obligaciones, y violando promesas sagradas hacer adquisiciones ilícitas en su destino: tal es tambien lo que puede ocurrir con un tutor respecto del pupilo. Por consiguiente, bueno es rodear de ciertas precauciones la administracion del

tutor; empero sin embarazarle al mismo tiempo en su oficio. Tres son las medidas que se establecen: la fianza, el juramento y el inventario: aquella y éste son muy prudentes por una parte, poco gravosas por otra al mismo tutor, y por ello no se puede menos de alabar; pero en cuanto al juramento no se puede formar la misma opinion. Este seria sin duda útil si los hombres fuesen tan buenos, que prestado se abstuviesen de hacer lo contrario de lo que prometen; mas por desgracia el interés sobrepuja á la fuerza de esta promesa sagrada, y los obliga y los compromete á faltar á ella sin reparo alguno. Es menester considerar la humanidad con los defectos que tiene, y no con las virtudes con que se querria verla adornada. Así no se puede menos de lamentar del uso intempestivo y excesivo que nuestras leyes hacen del juramento: ellas han debilitado su fuerza de una manera muy sensible, y este mal exige un pronto remedio.

Los dos objetos que interesan al hombre son su persona y bienes, comprendiéndose en la primera la educacion, la buena direccion de las pasiones y una buena reputacion; y en los segundos, no solo la conservacion de las cosas, sino tambien un buen establecimiento para en adelante. Digamos pues con franqueza que el tutor debe cuidar igualmente de la persona y bienes del pupilo, pero no pongamos en principio que el objeto primario ó principal de la tutela es cuidar de la persona del huérfano, y que la administracion de bienes es un asunto secundario; porque es bien cierto que con atender á éstos mira por aquel. ¿No se establece al tutor la obligacion de cuidar y gobernar, tanto la una como los otros? Pues bien: si ella se estiende á las dos cosas, ambas deberán ser atendidas con

igual esmero, y poco importará que se diga que lo son primaria ó secundariamente, con tal que no falte nada respecto de ambas.

Y cual juicio se puede formar en cuanto á la disposicion que manda que hasta los catorce años se haya de interponer autoridad, y de allí adelante consentimiento en los negocios del huérfano. Ya se sabe la razon en que nuestras leyes se han fundado: consideraban á éste por semi-apto hasta la puberdad, y se decia deber aumentar el tutor con su autoridad lo que le faltaba; pero despues le reputaban por persona completa, y nada habia que añadir; mas no obstante introdujeron la necesidad del consentimiento del curador. He aquí por consiguiente un embrollo. ¿Para qué es en primer lugar esta distincion de tutela y curaduría, siendo así que el encargado de la defensa del pupilo debe cuidar igualmente de la persona y bienes? Y si uno mayor de catorce años es completo y capaz. ¿Para qué es ligar sus actos al consentimiento de otros? Tales sutilezas no vienen bien á una legislacion sencilla; y pues que convence tener bajo la direccion de otro al menor de veintitres años, concédase á aquel el ejercicio de todos los actos necesarios al bien de éste, pero sin hacer tales ficciones inútiles. Si se ha querido dar á entender con esto que la autoridad del tutor debe modificarse segun que el huérfano vaya adelantado en edad, es decir que los medios coercitivos no deben ser tan fuertes; que debe tenersele mayores consideraciones; en fin, que llegando á desarrollar un buen juicio se le consulten ó comuniquen los negocios, yo hallaré esto muy racional. Pero en mi concepto no ha sido esta la idea de nuestras leyes.

La enagenacion de una finca se con-

sidera como negocio de alguna importancia en una familia, ya por el valor que puede tener, ya tambien por el afecto que uno conserva particularmente si las posee por mucho tiempo, ó son lugares en que ha nacido ó se ha criado. Por estas razones conviene no dejar su venta al mero capricho del tutor, quien podria gastar con facilidad el importe reducido á numerario, y será otra de las medidas contra el abuso de su administracion impedirle que lo haga. No obstante, justas causas ó necesidades pueden moverle á deshacerse de alguna propiedad, y ser su enagenacion útil al huérfano; pero para esto convendrá justificar la verdadera necesidad ó utilidad ante el juez, y éste es quien deberá conceder la licencia para ella. En lo demás las causas que se señalan como justas para este efecto me parecen realmente tales; y hallo muy bien el que se dejen otras á juicio del tribunal, pues siempre debe caminar-se con mucha circunspeccion en impedir el libre comercio de las cosas, porque por una vez que resulte utilidad de la prohibicion, habrá perjuicios en cien. Además se ha de suponer que el juez mirará por los intereses del pupilo, y que no concederá la enagenacion á no ser en casos en que ella sea necesaria ó útil.

Tambien se establecen como precauciones contra los abusos del tutor la prohibicion de comprar las cosas del pupilo, aun en almoneda, y en general la de celebrarse contratos entre ambos. El vendedor está siempre interesado en que haya la mayor concurrencia de compradores; en que éstos se formen la mejor idea posible de las utilidades y de la cosa; y en que se persuadan que el valor en que se regula no es excesivo. Por consiguiente, cauntomenor sea el número de ellas y cuanto mas se desvie de los mismos la

idea del aprecio del objeto vendible, es claro que tanto menor será el producto de éste. Tal seria el resultado de la permission de comprar bienes del huérfano dada al tutor. Este aparentaria en ellos defectos que disminuirian su valor; supondria una tasacion excesiva; en fin, propalaria cosas que aunque verdaderas alejarian la concurrencia de licitadores para aprovecharse de una buena oportunidad, y hacerse de los bienes á bajo precio. Sin embargo, se vé que aun así podrá lograr esto, haciendo la compra por medio de una tercera persona, si bien la necesidad de ella es siempre algun estorbo.

Pero no menos acertada es la prohibicion que tiene el tutor de celebrar contratos con el pupilo; porque el objeto de aquel es defender á éste en todos sus actos, por la incapacidad que se le supone, y ésta existe siempre por mas que contra-te con él ¿Quién sino un ángel dejaria de ver al otorgar un contrato su utilidad propia, postergándola á la del menor? Ya se sabe que todo comprador siempre va á hacerse de la cosa al menor precio posible, en oposicion con los intereses del vendedor; y como aquí el huérfano no podria formar esta balanza, es claro que el tutor abusaria de su posicion y autoridad.

EXENCIONES.

Las leyes romanas y las nuestras han considerado la tutela como una carga pública impuesta á todos los ciudadanos, y por esto han establecido exenciones para librarse de ella, á la manera que tambien lo han hecho respecto de los empleos de la república ó cargos consejiles. Pero ya en el dia ni es necesario darle semejante consideracion, ni por otr aparte es útil forzar á ninguno á su ejercicio.

Lo primero, porque concediéndose al tutor un salario por su administracion que es el diez por ciento de los productos, no faltarán seguramente quienes quieran encargarse de ella con gusto: así es que las leyes poco tienen que providenciar sobre el gobierno de otra hacienda cualquiera, pues el interés particular basta para el efecto. Podrá decirse no obstante, que no es lo mismo una tutela que una hacienda; porque muchas veces el pupilo dejará de tener bienes con que poder sostenerse, y no por eso la misma persona necesitará menos auxilio. Mas es claro que en tal estado el huérfano deberá dedicarse á algun oficio mecánico, sea de aprendiz ó de otra manera; ¿y podrá llamarse verdadera tutela á la direccion que así se le dé? En fin, de todos modos esta proteccion y auxilios pueden ser muy útiles, cuando procedan por efecto de amistad, cariño ó voluntad propia; pero preguntaré yo, ¿qué hará el llamado tutor de quien carece de bienes, si no tiene ácia él estas buenas cualidades, y sin embargo se le quiere forzar á que le favorezca? Nada sin duda que le pueda ser útil, y que el mismo huérfano no haría, fuese valido de su propia direccion ó por consejo de amigo. Querer forzar á actos que deben salir de lo íntimo del corazón es una necedad grande: así la aceptacion de la tutela deberia hacerse obligatoria, cuando no hubiese ninguno que quisiese encargarse de ella de buena voluntad; fuera de este caso necesario en ninguno otro.

REMOCION.

Pero si no hay por que establecer exenciones tutelares, conviene muchísimo que se tenga suma vigilancia sobre el gobierno del tutor, y se le remueva del cargo en ciertos casos. En efecto, si un admi-

nistrador fraudulento ó negligente merece en general ser removido de la administracion; y si un padre cuidadoso debe separar á su hijo de la compañía de un maestro, que le enseña malas maneras; conviene no perdonar estas medidas respecto del tutor que hace de administrador de los bienes, y director de la educacion del pupilo. El juez, debe pues, proceder á su remocion en los casos en que su mal proceder se justifique, ó cuando haya sospechas fundadas ó peligro de que lo hará así. Nuestro derecho señala los casos en que esto puede tener lugar, si bien lo hace con alguna generalidad, como no puede menos de hacerlo, pues se vé que la enumeracion completa é individual de ellos no es fácil verificarla de antemano. Así no se puede menos de dejar en esta parte cierta latitud á la prudencia del juez; como protector nato de los desvalidos procederá á la separacion del tutor, cuando sea verdaderamente necesario hacerlo.

Supuesto que en el bien del huérfano se interesan sus amigos y demás convecinos, y ya que por esta razon la conducta del tutor está en cierta manera bajo la vigilancia ó censura de ellos, justo es que se les conceda el derecho de acusarlo de mala gestion. Se impone particularmente la obligacion de hacerlo á la madre, abuela, hermana y nodriza, lo que supone que la primera no es la tutora natural y legítima de sus hijos; pero ya he manifestado antes mi opinion sobre este punto. Me parece que la acusacion debe provenir de efecto de cariño ó buena voluntad; que donde no existe ésta, escusado es imponer la obligacion; y si existe tendrá lugar la queja sin necesidad de precepto. De todos modos, ¿qué razon hay para que se imponga á una nodriza? Que lo haga el mismo pupilo.

con consejo de parientes, podrá ser también útil; pero lo será en mi concepto mas que el mismo juez, en virtud de noticias que tenga, proceda de oficio á descubrir la malversion ó negligencia.

CUENTAS.

La obligacion de dar cuentas justificativas de los productos de los bienes, me parece sobre todo la medida mejor, mas sencilla y efectiva para evitar que el tutor pueda enriquecer á costa del pupilo, medida sin la cual serian en cierta manera ilusiones las demás. Que lo haga éste cuando quiera, y por cualquiera causa que deje la administracion de la tutela, nada mas justo; pero confiar su examen al tutor que le reemplace, no me parece tan conforme. ¿No es muy de temer que éste en lugar de censurar con el interés, cuidado y escrupulosidad que lo hará en sus cosas, procurará que se apruebe desde luego la cuenta? ¿No ha de prever que también él podrá hallarse dentro de algun tiempo en igual caso? Estas consideraciones harán siempre sospechoso el examen que se le confie, y parece que esta tarea debiera encomendarse al mismo juez, que la llenaria sea por sí ó por medio de sugeto de su confianza; y en tal caso siempre que se presenten objeciones, las decidirá oyendo antes acerca de ellas al tutor. Esto se entiende sin perjuicio de que el mismo huérfano siendo mayor de edad, pueda revisarla y poner los reparos que tenga por conveniente; porque ya se sabe que regularmente hablando nadie podrá tener conocimiento mas individual de los hechos que él mismo. En lo demás bien se vé que no haciendo en mi sistema distincion entre tutela y curaduría, y por consiguiente no debiendo cesar aquella por la edad de catorce ó doce años respectivamente, no puede

tener lugar la dacion de cuentas por solo el cumplimiento de estas épocas. Claro es también que cuando son muchos los tutores, y no está dividida la administracion, todos son igualmente responsables, y que así cualquiera de ellos deberá tener la obligacion de dar cuentas siempre que se las pidan.

Otra disposicion manda que el tutor devuelva además las cosas del menor; sirviendo de base para este efecto el inventario que se hizo al tiempo de tomar el cargo. Esto á la verdad es muy regular, pero tal vez no basta. En efecto un hombre caprichoso, ignorante ó mal intencionado puede dar á los bienes del pupilo un destino indebido, aventurado ó perjudicial; en una palabra hacer mal uso de ellos, y de esta manera causarle daños. Así no deberia contentarse con hacer la entrega de las mismas cosas recibidas, sino que antes bien convendria exigirle que lo verifique en la misma forma que tenian cuando las recibió, ó que de lo contrario haga ver la utilidad de las mudanzas que hayan tomado en sus manos. Supongamos sino que reduzca á labrantio una pradera, ó que de tierra cultivada haga pradera; que una fábrica que tenia éste ó el otro uso ó labor la destine para otro muy diferente. ¿Qué perjuicios no puede causar con estas variaciones, si son infundadas? Justo es pues tratar de evitarlas; pero al mismo tiempo no conviene atar las manos del tutor de tal manera, que se le impida hacer mejoras en las fincas: entonces se causaria un mal mayor que el que se trata de estorbar; porque siempre se ha de pensar que este hombre, puesto que es de la aprobacion del juez, procede con buena fé, y es cuanto se puede exigir. Que el juez se detenga al tiempo de hacer la eleccion; que vigile sobre la admi-

nistracion; que proceda á la remocion, cuando se haga indigno de esta confianza; pero que mientras la ejerza no le sujete demasiado: esto es lo que aconseja la razon y la conveniencia.

Tambien me parece que se abonen al tutor los gastos que tenga con motivo de su ocupacion; y además la décima parte de los productos líquidos de las fincas. Un tutor está en la clase de un administrador cualquiera, y así como á éste se le abonan los gastos legítimos, y los perjuicios que tenga con motivo de los bienes, tambien es justo que se haga lo propio respecto de aquel. De lo contrario la tutela seria una carga bien pesada y que nadie querria recibirla, ó aun cuando se obligase á ello, es de creer que los pupilos perderian por otro lado mas de lo que pueden importar estas administraciones moderadas. ¿No es esponerse á que se cometan fraudes, ocultaciones y mil engaños á fin de tomar por sí lo que la ley no le da? Creer que el hombre ha de sacrificarse así; figurarse que quien tiene un manejo tan individual de las cosas ha de ser tan desinteresado despues de tanto trabajo, será equivocarse muchas veces. Otro tanto puede decirse de la necesidad de recompensar al tutor las ocupaciones que exige el cargo; porque si se le impide dedicarse á sus negocios ó aun cuando no se le impida, si tiene que hacer un trabajo extraordinario, será un administrador negligente, ó no dejará de sacar utilidad de una manera ú otra. Por todo esto pues podrá parecer necesario, si bien suficiente, el salario del diez por ciento de frutos ó rentas que aquí se señala, cuota que generalmente está consignada á los administradores.

RESTITUCION IN INTEGRUM.

La restitucion *in integrum* puede con-

siderarse en nuestra legislacion como el suplemento de las precauciones contra la negligencia y mal proceder del tutor, y generalmente contra los engaños que los huérfanos pueden recibir respecto de sus bienes. Se halla á la vista que los legisladores al establecer estas disposiciones, solo han tenido por objeto el interés de los menores; mas yo no sé si han calculado si este privilegio ó beneficio de poder rescindir contratos celebrados legalmente, les es ó no mas útil que perjudicial, y si en general lo es para la sociedad. Esto merece seria reflexion.

Es un principio trillado de economía que cuanto mas segura é irrevocablemente se ofrezca á uno la propiedad de una cosa, tanto mas dispuesto estará á dar un precio mayor por ella; y que al contrario, cuanto menos cierta é irrevocable se le quiera vender, tanto menos dará por ella. La razon es sencilla, porque es claro que cuanto mas cierto esté el comprador de gozar la cosa, tantas mas mejoras hará en ella; y cuanto mas se disminuya en él esta confianza, tanto mas se abstendrá de ejecutarlas, disminuyéndose por lo mismo el precio en proporcion de la menor utilidad que piensa sacar. Esto es lo que debe resultar del derecho de restitucion *in integrum*, segun está por nuestras leyes establecido. Completa inseguridad, porque queda espuesto el comprador á ser privado de la cosa hasta que el menor cumpla los veintinueve años, y por lo mismo debiendo mirar su posesion como precaria, no dudará en dejar de ofrecer la misma cantidad que ofreceria, si se le vendiese á título firme é irrevocable. He aquí por consiguiente perjuicios aun para los mismos pupilos, en cuanto sacan menos precio; y perjuicios para la sociedad en general, en cuanto no se hacen los mejoramientos que se ejecutarían en

una venta libre. Igual razonamiento se puede aplicar respecto de cualquiera otro contrato; porque es claro que esta contingencia de rescindirlo impide celebrarlo.

Mas no por esto quiero sancionar todas las convenciones de los menores, si únicamente aquellas que son hechas con validez desde un principio, lo cual sucede cuando interviene el tutor: así es menester decir con franqueza que siempre que éste no ocurra, el acto es nulo y debe considerarse como no verificado. En lo demás es conforme á lo que tengo di-

cho antes, que cuando los pupilos reciben daño por culpa del tutor, responda éste completamente de él: ¿pero qué razon hay para que lo sufra el otro contratante? Esto pondria á los hombres prudentes en el caso de no pensar hacer ninguna convencion, ni tener trato alguno con gentes tan peligrosas; y claro es que no ganarian nada con ello aun los mismos huérfanos á quienes se ha querido favorecer, y que hay un daño público por razon de esta traba tan terrible.

LIBRO SEGUNDO.—DE LAS COSAS.

TITULO 1.º

De las cosas comunes, de las públicas y de consejo.

CAPÍTULO ÚNICO.

DISPOSICIONES LECALES ACERCA DE LAS COSAS COMUNES Y DE LAS PUBLICAS.

1. Definicion y division general de las cosas.
2. De las cosas comunes ó cuyo uso pertenece á todos los hombres.
3. De las cosas que se llaman públicas.
4. Definicion de las cosas de consejo.
5. Razon por que se hace tan solo una indicacion general de ellas en esta parte de la obra.

1. Llámase cosa todo aquello que puede servir al hombre de algun uso ó utilidad, sea por derecho divino ó humano, natural ó civil, público ó privado. El derecho romano y las leyes de Partida siguiéndole escrupulosamente (1), dividen las cosas en divinas ó humanas, subdividiendo las primeras, en sagradas, religiosas y santas; las cuales estando fuera del comercio, por nadie pueden ser adquiridas, excepto en algunos casos particulares, cuyo tratado pertenece al derecho canónico, y por eso no es objeto de esta obra su investigacion. Las cosas humanas se subdividieron segun las mismas leyes (2) en comunes, públicas, de consejo y de particulares.

2. Llámanse en el derecho cosas comunes las que sirven á los hombres y demás vivientes como el agua llovediza, el aire, el mar y sus riberas (3). Contrayéndose pues, al mar y sus playas co-

mo objeto de aprovechamiento y conocida utilidad para el hombre, es claro que éste puede libremente navegar y pescar en los mares, levantando en la playa para este segundo objeto, chozas ó cabañas donde abrigarse, tendiendo y secando sus redes donde mejor le parezca, y componiendo sus barcos siempre que no embarace ó perjudique el uso comun (1). Hay sin embargo en el caso de la navegacion y de la pesca y en ciertos parages, restricciones dimanadas de convenios, que es preciso respetar, y de los cuales nace un derecho de propiedad que no puede vulnerarse. Así por ejemplo la pesquería de las perlas y aun de cierta clase de pescados en algunos puntos, forman un ramo de riqueza que no todos pueden tomar parte, pues pertenecen exclusivamente á una nacion ó compañía de particulares &c. en virtud de tratados, ó de adquisicion debida á otros títulos legítimos. Estas cuestiones pueden sujetarse al derecho comun cuando se ventile en

(1) Ley 12 y siguientes, tít. 28, part. 5.
(2) Ley 2, part. 1. 6 tít. 29, 14, tít. 30, part. 3, 22, tít. 11 y 25, tít. 25, part. 5.
(3) Ley 3, tít. 28, part. 3.

(1) Leyes 3, 4 y 6 del mismo tít.

los tribunales la legitimidad de estos títulos de pertenencia.

3. Cosas públicas se llaman las que pertenecen a los hombres en general, como rios, puertos, caminos públicos de que pueden usar no solo los naturales de la tierra donde se hallen, sino tambien los extranjeros (1) á menos que haya alguna ordenanza municipal, ley ó costumbre que limite ó impida este uso á cierta clase de personas. En nuestra legislacion hay bastantes disposiciones relativas al uso público de los rios, sin embargo de no ser éstos en general navegables. Recopilaré brevemente lo mas notable que se encuentra en nuestras leyes acerca de la materia, en la cual deberá enadelante haber mucha variacion, cuando se construyan canales ó se hagan navegables nuestros rios como lo está clamanado el estado actual de civilizacion. Ningun particular podrá hacer en las orillas de los rios ni en sus riberas molino, casa ú otro edificio que impida la navegacion ó embarque en uso comun; y si se hiciere ó estuviere ya hecho, deberá arruinarse, á menos que se muestre privilegio ó facultad para hacerlo (2). Pero si no resultare perjuicio á la navegacion ó uso del rio, podrá cualquiera vecino edificar molino, aceña ú horno en las orillas sin necesidad de obtener licencia si tuviere la propiedad de aquel terreno, ó con permiso de la autoridad si hubiere de pasar el agua al molino por parage público (3). Tambien podrá sacarse del rio público el agua que alguno necesitare, á no ser que el pueblo ó consejo la destine á usos propios ó cuando se obtenga su licencia. El agua que se toma

lícitamente del rio, y entra en canal ó acequia de un particular, deja de ser pública y se hace propia de éste, y por consecuencia podrá disponer de ella á su arbitrio. Las riberas ú orillas de los rios son tambien públicas como el uso de éstos, y así cualquiera podrá atar su barca á los árboles que hubieren en aquellas, secar sus redes, vender el pescado y otras cosas semejantes. No obstante, la propiedad de dichas orillas y riberas es de aquel de quien fueren las heredades á que estén contiguas y unidas, pertenciéndole tambien la propiedad de los árboles arraigados en las mismas. Podrá pues disponer de ellos como mejor le parezca, siempre que no haya ley ú ordenanza municipal en contrario, ni embargo, mientras subsistan los árboles, el uso que se ha indicado de atar en ellos las naves (1).

4. Llámanse de consejo las que pertenecen al comun de algun pueblo. Entre éstas hay algunas que puede usar cada vecino y otras de que no puede hacer uso alguno. Las primeras son las fuentes, calles, paseos y otros lugares semejantes que sirven para uso comun (2). Las segundas las fincas y demás bienes productivos del comun; pues aunque pertenezcan al pueblo, nó puede cada individuo aprovecharse en particular de las mismas, sino que sus frutos y rentas deben emplearse en beneficio comun (3).

5. Aunque en todas las ediciones del Febrero se ha tratado en este lugar la materia relativa á pósitos, propios y arbitrios de las municipalidades, fundándose en que cuando se suscitan cuestiones sobre el derecho de propiedad de ellas, su resolucion queda sujeta al derecho co-

(1) Ley 6, tit. 28, part. 3.

(2) Ley 8 del mismo tit. y 7, tit. 26, lib. 7, N. R.

(3) Ley 8, tit. 28 y 18, tit. 32, part. 3.

(1) Leyes 6 y 7, tit. 28, part. 3.

(2) Ley 9, tit. 28, de la misma part.

(3) Ley 10 del mismo tit.

mun; sin embargo, me ha parecido con- segun se ofreció en el prospecto. Pero sin
veniente separarme de este método, en dejar por esto de emitir mi opinion en la
razon á que con mas propiedad pertene- parte de reflexiones filosóficas, sobre si
ce la espresada materia al derecho admi- conviene ó no enagenar algunos bienes
nistrativo que trataré en el último tomo: municipales.



REFLEXIONES FILOSÓFICAS

Sobre la division de las cosas.

Habiendo tratado en la primera parte, están mezclados los dos tratados, que yo
acerca de las personas constituidas en los he dividido en mi redaccion, formando
estados domésticos, sigue bien ahora el el tercer libro con el de juicios que titu-
hablar de los derechos que podemos ejer- lan *de actionibus*. Al parecer esta parte
cer sobre las cosas, y de las obligaciones tenia por objeto esplicar los medios por
que podemos tener respecto de ellas; de los que se podian perseguir en juicio los
dejando para despues las diferentes mane- derechos; mas está muy lejos de darnos
ras de adquirir. Este orden me parece esta instruccion, á lo menos segun seria
sencillo y acomodado; pues son tratados de desear. ¿Y porventura no vendrá me-
distintos el que se propone esplicar los jor el tratar de esto separadamente en la
derechos y obligaciones en las cosas, y parte del enjuiciamiento?

El título de la division de cosas pre-
aquel en que se enumeran los medios de senta mucha utilidad en cuanto sirve pa-
adquirirlos. Ambos tienen objetos diver- ra esplicar otras partes, y fijar innume-
sos: el primero puede ser consultado pa- rables cuestiones que sin ella ocurrirán á
ra averiguar si se podrá hacer tal ó cual cada paso. Pero es preciso confesar que
acto respecto de una cosa ya adquirida, una distincion perfecta, cuyos miembros
ó si podrá ser obligado por otro á verifi- no se unan por algun respecto, es bas-
carlo; el segundo para saber cuando y tante difícil, y por lo mismo no se podrá
como podemos conceptuarnos dueños de menos de atener á conceptos generales.
ella ó de cualquier otro derecho. No creo Esta misma dificultad hace que cada pu-
pues digno de imitarse en esta parte el blicista forme á su modo divisiones que
método seguido en los códigos romanos pueden verificarse á su voluntad; pero
ni en los nuestros patrios. En aquellos me parece que la multiplicacion no ofre-
no se encuentra mas que un hacinamien- ce utilidad mayor, y que basta hacer las
to desordenado, confuso é indigesto de distinciones que mas pueden interesar
materias, y en los segundos apenas se ha para la decision de los casos. Así recor-
procurado tampoco un buen arreglo de reré mi sistema.

COSAS CONSIDERADAS NATURALMENTE.

Definiendolas cosas muebles por aque-
llas que pueden ser trasportadas de un lugar á otro, hallarémos que todo lo que

existe debería colocarse en la clase de muebles, pues el hombre puede trasportar todo, casas, campos, montañas. Si damos este nombre á aquellas que no hacen parte de la misma tierra, nos obligaremos á decir que una casa ú otro edificio es mueble, pues que no es ninguna porcion de ella. Digamos por otra parte que cosas inmuebles son aquellas que están adherentes á la tierra, y nos veremos embarazados y forzados á confesar que un grano de trigo que está en la espiga, á la que vemos bambolear y derribar el viento, es inmueble, pues que no se halla separada de la misma; pero seguramente que nadie se prestará á semejante denominacion. Yo he adoptado llamar cosas muebles á las que se trasportan de un lugar á otro sin deterioro y sin que muden de forma, y por consiguiente inmuebles á las que carezcan de estos requisitos; y aunque parece que esta esplicacion es algo sencilla, debo confesar que no tengo entera confianza de su exactitud. Así el lector juzgará de esto, y de si á lo menos ella es mejor que la que nos han dado los libros de derecho.

La subdivision de cosas muebles en que unas lo son por naturaleza ó animadas, y otras en virtud de fuerza estraña, es sencilla y apenas necesita de esplicacion; igualmente que la otra en fungibles y no fungibles. Como se vé, todas las cosas se consumen y perecen al cabo del tiempo, y todas pueden venderse á peso, número ó medida. ¿Qué mas frecuente que ver tasar una finca ú otra obra cualquiera á medicion? Pues tampoco hay inconveniente en que se venda así. Por esta razon hubiera sido mala la definicion que dijese que cosas fungibles son las que se consumen con el uso, ó que se venden á peso, número ó medida; porque entonces no habria cosas que no fueran fungibles.

Pero denominado tales á las que no son útiles sino en cuanto se consumen, parece quedar cortadas las dificultades.

COSAS CONSIDERADAS CIVILMENTE.

Justiniano, ó los redactores de sus compilaciones legales, sin hacer aprecio de la diferencia que hay en las cosas consideradas en sí mismas, y la que hay miradas con respecto á sus poseedores, empezaron á dividir las en que unas son de derecho divino y otras de derecho humano. Colocaron entre las primeras á las que llamaron sagradas, religiosas y santas, y entre las segundas á las que denominaron comunes, públicas y privadas; las cuales divisiones fueron adoptadas por nuestras partidas. Siendo un código una coleccion de derechos y obligaciones debería en mi concepto abstenerse de hablar de cosas de derecho divino, cuyo conocimiento podría dejarse para los teólogos y canonistas. Pero se me dirá acaso que estas esplicaciones son útiles para saber que cosas son susceptibles de adquisicion civil y cuales no; á lo que responderé que en mi entender convendría que el legislador caminase con mucha circunspeccion en divinizar cosas, si éstas habrian de quedar amortizadas ó impedidas de enagenar, y no colocarlas en esta clase á no ser en casos raros y excepcionales. Por otra parte ¿cómo podría decirse en nuestro código que hay cosas divinas incapaces de enagenar, cuando por otras disposiciones se permite su enagenacion por las justas causas que las leyes requieren? Seria en mi entender una contradiccion. Por estas razones me parece que la esplicacion adoptada por mí es mas clara y mas propia para los civilistas.

En consecuencia se dice que el uso de

los caminos, ríos y puertos es común á todos los habitantes de la nacion; y en efecto es indudable que interesa á toda ella la libre comunicacion y tránsito de los individuos, de sus bienes y mercaderías. Al contrario, la seguridad pública recomienda que el de las murallas, fosos y trincheras y demás edificios de guerra no sea permitido á los particulares; porque cualquiera conoce que bajo esta libertad no se podria defenderla, ni por consiguiente mantener el orden interior ni seguridad exterior. Finalmente parece bien que los bienes de los que no tengan parientes conocidos hasta cierto grado pertenezcan á la nacion, puesto que ésta le protegió en vida; pero no quiero anticipar mis ideas sobre esto último, ya que me prometo hablar de ello mas adelante.

Sobre los propios que tienen los pueblos, y cuyo aprovechamiento no es lícito á los vecinos, no puedo menos de hacer presente la grande utilidad que en mi concepto resultaria á la riqueza pública de la enagenacion de propiedades concejiles. Ante todas cosas los ayuntamientos, bajo cuya direccion se hallan, son corporaciones que solo duran dos años y se renuevan en su totalidad; por consiguiente ni tienen tiempo suficiente para enterarse de las mejoras que pudieran recibir las fincas, ni por otra parte aun cuando tuviesen este conocimiento, se cansarían mucho en ello; siendo así que otro ha de recoger los frutos de sus afanes, y tener la gloria de estos beneficios. En segundo lugar las propiedades concejiles son una cosa agena para los ayuntamientos, y bien se sabe cuan poco cuidado tiene cualquiera de éstas. Además una corporacion no se halla en estado de hacer las mejoras y economías que un particular; pues que ella, por mas empeño que tenga en verificarlas, se vé

precisada á valerse de agentes que procurarán pasar el tiempo y no ejecutar nada de provecho; de lo cual formarán tanto menos escrúpulo cuanto que no ven ninguno contra quien directamente causen el daño. Apelo pues á la esperiencia, y veráse la negligencia que generalmente hay respecto de las fincas de propiedad de los pueblos. Ellas siempre van en deterioro, y apenas reciben mejoramientos verdaderamente tales, hechos con la debida circunspeccion.

¿Y qué mejoras no recibirian estos bienes en manos de particulares? En los edificios y campos cultivados se harian labores considerables, y se destinarian á usos mas útiles; los terrenos yermos, incultos y que sin producir ninguna utilidad son un abrigo de malhechores, se trasformarian en hermosos sembradíos, praderas artificiales, arbolados y otros objetos de grandes provechos; y enriqueciendo así á los particulares se enriqueceria por consiguiente la nacion. El interés individual es un agente muy activo, y que generalmente hace calcular bastante bien. Así es seguro que si el dueño vé que la finca es susceptible de mayor produccion, mediante algunas mejoras, las ejecutará si se halla con medios; en otro caso no faltará quien se preste á ello.

No es por esto mi propósito que los pueblos vendan sus propios para que los ayuntamientos gasten desde luego su importe. Entonces habrá que recurrir á nuevos recargos é imposiciones para cubrir las atenciones municipales, y esto no deja de ser un mal de mucha trascendencia. Todo puede conciliarse en mi concepto haciendo las enagenaciones á enfiteusis, ó mejor á censo reservativo; porque de esta manera al paso que los particulares pueden utilizarse libremente de ellas, tambien los pueblos reciben el correspondiente cánón con que pueden hacer frente á sus obligaciones.

TITULO 2.º

De las cosas y bienes de particulares y de los modos de adquirirlos.

CAPITULO I.

DIVISION DE LAS COSAS Ó BIENES.

1. Qué se entiende por cosa privada y sus divisiones.
2. Cosas corporales é incorpóreas.
- 3 y 4. Cosas muebles y sus diferentes clases.
5. Aclaracion sobre estos bienes.
6. Bienes inmuebles.
7. Bienes inmuebles por naturaleza.
8. Bienes inmuebles por el uso á que se aplican.
9. Bienes inmuebles incorpóreos.
10. Bienes ó cosas fungibles ó no fungibles.

1. Entiéndese por cosas privadas ó de particulares aquellas que pertenecen señaladamente al patrimonio de las personas, ya individualmente consideradas, ya formando sociedad con algun objeto de especulacion (1). Estas cosas son corporales ó incorpóreas; las corporales se subdividen en muebles ó inmuebles, y las muebles en fungibles ó no fungibles.

2. Cosas corporales son aquellas que teniendo una existencia física, están al alcance de los sentidos, y por consecuencia pueden tocarse, como una casa, un caballo &c: incorpóreas son aquellas cuya existencia no es física sino intelectual, y que por tanto no pueden tocarse, como servidumbres, derechos, herencias &c. (2).

3. Cosas muebles son las que sin deterioro ni alteracion de su forma pueden trasladarse de un lugar á otro, bien lo hagan por sí mismas como los animales, y se les da el nombre de *semovientes*;

bien por una fuerza estraña como se verifica en las cosas inanimadas (3).

4. En la clase de bienes muebles se comprenden: 1.º Las obligaciones y acciones sobre cosa mueble por su naturaleza, como son los réditos, intereses y frutos vencidos: 2.º Las rentas perpétuas ó vitalicias, procedentes de dinero impuesto en establecimientos del gobierno ó de particulares: 3.º Los buques y toda clase de utensilios que no formen parte de una cosa inmueble ó fija: 4.º Los materiales procedentes de la demolicion de un edificio; y los que estuvieren reunidos ó preparados para la construccion de otro nuevo hasta que se empiece la obra.

5. En los efectos que vulgarmente se llaman muebles de casa no se comprenden las colecciones de pinturas, ni estantes de libros. Por consiguiente en la venta, donacion, ó legado de una casa con sus muebles, no se entenderán comprendidos dichos efectos ni tampoco el dine-

(1) Leyes 2 y 3, tt. 28, part. 3.

(2) Ley 1, tt. 30, p. 3.

(3) Ley 4, tt. 29, p. 3.

ro, los créditos, la pedrería, las medallas, los instrumentos de ciencias, artes ú oficios, los vestidos, caballos, granos, vinos y otras cosas semejantes que sean objeto de comercio y no adorno de casa.

6. Cosas ó bienes inmuebles son los que no pueden trasportarse de un lugar á otro sin mudar de forma ó sin gran deterioro. Pueden ser inmuebles ó por su misma naturaleza, ó por el uso á que se les destina: se consideran tambien como tales ciertos bienes incorpóreos ó derechos procedentes de cosas inmuebles ó inherentes á ellas.

7. Son inmuebles por su naturaleza las heredades y los edificios. Lo son tambien los frutos de los árboles, viñas y demás que los producen mientras se hallan pendientes; pero luego que estén separados ó recogidos, se consideran como bienes muebles. Son igualmente inmuebles por su naturaleza los molinos de viento ó de agua que están fijos y constituyen parte de un edificio, los pozos, albercas, fuentes, acueductos, y demás obras de esta clase destinadas al servicio interior ó exterior de una finca, los ladrillos, la piedra, teja y madera, puertas y ventanas, los colmeneros, palomares, estanques cuando están dentro de una heredad ó incorporados en un edificio (1); los caños ó canales que sirven para la conduccion de las aguas en un predio rústico ó urbano (2).

8. Son inmuebles por el uso á que se aplican los objetos destinados para servicio del fundo (3): como son aperos y utensilios de labranza, los animales destinados al cultivo de las tierras, el hato de ganado lanar que se tiene para beneficio ó abono de las mismas, los granos

que un labrador tenga ya separados para la siembra de sus tierras, los tanques, calderas, tinas, alambiques, cubas, tinajas y toneles que estén destinados al servicio de alguna casa ó fábrica: los espejos, pinturas, medios relieves y cualquiera otros objetos de adorno cuando están incrustados en las paredes de un edificio, y generalmente cuando todos los efectos muebles que el dueño haya incorporado en él con ánimo de que permanezcan allí perpétuamente: se considera haber sido tal su intencion, cuando ha unido dichos efectos á la cosa inmueble con cal ó yeso, de suerte que no puedan desprenderse sin que se rompan ó deterioren (1).

9. Son bienes inmuebles incorpóreos: las servidumbres de heredades ó edificios y todo derecho perpétuo que pueda admitir gravámen, ó constituir hipoteca, el derecho de usufructar los bienes raíces, pero los frutos vencidos se consideran como muebles; los censos y oficios públicos en cuanto al derecho de percibir utilidades ó réditos, pero éstos tambien se consideran como muebles en cuanto están vencidos; y son finalmente inmuebles incorpóreos las acciones que tienen por objeto la reivindicacion de las cosas raíces.

10. He dicho que los bienes muebles se subdividen en fungibles y no fungibles. Los primeros son los que se consumen por el uso que de ellos se hace, como trigo, vino &c., y se les da este nombre porque otra porcion, de igual cantidad y calidad presta los mismos servicios, aunque sean las dos realmente distintas. No fungibles son aquellos que no se consumen por el uso, aunque perezcan con el tiempo por la naturaleza de las cosas, como un caballo, un vestido &c.

(1) Leyes 28 y 29, tit. 5, p. 5.

(2) La misma ley 28.

(3) Dichas leyes 28 y 29, y la 30 y 31 del mismo tit. y part.

(1) Dicha ley 29.

CAPÍTULO II.

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO DE LOS BIENES.

1. Qué es dominio y en qué se diferencia de la propiedad.
2. Sus divisiones.
3. El dominio da derecho á todos los productos de la cosa.
4. El propietario de un terreno es dueño de la superficie y de lo que hay debajo de ella.
5. A nadie se puede privar de su propiedad sino en la forma prescrita por las leyes.
6. Modos como se adquiere el dominio.
7. De la ocupacion, caza y pesca.
8. Animales que son objeto de la caza.
9. Invencion ó hallazgo.
10. De las minas.
11. Bienes que pertenecen al estado.
- 12 y 13. De la accesion.
14. Caso de que un rio formase nuevo cauce.
15. A quién pertenece la isla que se forme?
16. El dueño de una heredad no tiene derecho á la fruta que produzcan los árboles plantados en heredad ajena, aunque estiendan sus raices á la suya.
- 17 hasta 22. De la accesion industrial.
- 23 hasta 28. Accesion en las cosas muebles.
29. Al propietario de una finca corresponden los frutos naturales, los industriales y los civiles.
30. Requisitos para la traslacion de la propiedad.
- 31 32 y 33. De la tradicion.
- 34 hasta 39. De la posesion.
40. De la prescripcion.
- 41 y 42. Personas que poseen precariamente y por lo mismo no pueden prescribir.
43. Los jueces no pueden suplir de oficio la excepcion que resulta de las prescripciones.
44. Requisitos para la prescripcion.
45. Buena fé.
46. Justo título.
47. Posesion continuada.
48. El que poseyó la cosa antiguamente, tiene á su favor la presuncion de haber poseido tambien el tiempo intermedio.
49. Modo de interrumpirse la posesion para el efecto de la posesion.
50. Tiempo señalado por la ley.
51. Que la cosa no sea viciosa.
- 52 y 53. Prescripcion de treinta años.
54. Prescripcion de las acciones.
55. Acciones que se prescriben por tres años.
56. Desde cuándo se cuentan éstos.
- 57 y 58. Interrupcion de la prescripcion.
59. Puede renunciarse la prescripcion.

1. Se llama dominio la facultad que tiene el hombre de disponer libremente de lo suyo, si no lo impide la ley, algun convenio ó voluntad del testador (1). Sue-

le darse tambien este nombre á la propiedad; mas sin embargo, debe tenerse presente que la palabra dominio solo espresa el derecho, y la propiedad se aplica tambien á las cosas en que se tiene este

(1) Ley 27, tit. 2, p. 3.

derecho: el dominio solamente se refiere á las cosas, la propiedad á éstas y á las personas. A veces la propiedad indica el dominio sobre una cosa, pero sin disfrutarla, en cuyo sentido se llama propiedad desnuda.

2. Se divide el dominio en pleno y menos pleno. El primero tiene lugar cuando la facultad de disponer de una cosa y de usarla está en una misma persona; y el segundo cuando estas facultades están divididas en dos ó mas personas. El dominio menos pleno se subdivide en directo y útil, llamándose dueño directo al que tiene la facultad de disponer, y útil al que solo goza del usufructo (1).

3. El dominio de una cosa, sea mueble ó inmueble, da derecho á su dueño para adquirir todo lo que ella produce y lo que se una accesoriamente á la misma, ya se haga esta union por la naturaleza, ya por la industria del hombre, ó por una y otra juntamente.

4. El propietario de un terreno es dueño así de la superficie, como de lo que está debajo de ella, por consiguiente puede cercarlo; pero con citacion de los que tuviesen en él alguna servidumbre rústica, para no perjudicarlos en el uso de la misma. También puede hacer en el mismo terreno todas las plantaciones y construcciones que quiera, salvas las excepciones que se especificaran en el título de las servidumbres. Así mismo puede hacer las escavaciones que tenga por convenientes, no siendo contra los reglamentos de policía urbana y de minas.

5. Ninguno puede ser obligado ni aun por el soberano, á vender ó ceder su propiedad, sino por causa de utilidad pública, y previa la correspondiente indemnización. Este principio está reconocido ca-

si universalmente por la mayor parte de los autores así antiguos como modernos. Wolf decia, que el imperio no importa dominio sobre los bienes particulares (1). El baron de Locré en su espíritu del código civil de Francia, dice que las palabras *alto ó eminente dominio* de que usan Grocio (2) y Pufendorf (3), con algunos otros, no imponen el verdadero derecho de propiedad, ni son relativas sino á las prerrogativas inseparables de la soberanía. Larrea, en sus alegaciones fiscales al número 7 de la 115, dice con los respetables autores que cita, que la potestad de los soberanos nace del pueblo ó de la república, de tal suerte restringida, que *sin justa causa aprobada por las leyes, no puede quitar sus propiedades á los súbditos*. D. Juan del Castillo y Sotomayor (4), tratando estensamente esta materia, deduce con varios autores, que el príncipe sin causa de utilidad pública ó necesidad, *a la cual no puede proveerse ó socorrerse de otra manera*, no puede privar á alguno del dominio de sus cosas, ni del derecho adquirido, ni aun del que tiene esperanzas de adquirir. Los mismos principios sostienen Guzman (5) Peregrino, tratando de los derechos del fisco y Valenzuela (6). Y estas doctrinas están del todo acordes con la de Wattel en su derecho de gentes, lib. 1, cap. 22, párrafo 243, donde enseña que si el soberano en virtud de su eminente dominio dispone de los bienes de una corporacion ó de un particular, está en estrecha obligacion de justicia de hacer completa indemnización, y que si el erario no

(1) Sus naturae part. 1, §. 53.

(2) De la paz y de la guerra lib. 1. §. 6, cap. 3, lib. 2, cap. 14, §. 7.

(3) Del derecho natural, lib. 8, cap. 5.

(4) Quotid. Controv. lib. 6 de testiis dec. lib. 41.

(5) En su obra de evicciones cuestion 52.

(6) Consil 69,

(1) Ley 1, tit. 28, p. 3,

está en posibilidad de efectuarla, todos los miembros de la sociedad beneficiada deben concurrir á indemnizar.

Iguales principios están sancionados en las legislaciones romana y española: en esta segunda se tiene la ley 2 del tit. 1.º, part. 2.ª que establece lo siguiente: "Otro sí decimos que cuando el emperador quisiese tomar heredamiento ó alguna otra cosa á algunos para sí ó para darlo á otro, como quiera que él sea señor de todos los del imperio para ampararlos de fuerza ó para mantenerlos en justicia, con todo eso, *non puede el tomar á ninguno lo suyo sin su placer*, si non ficiese tal cosa para que lo debiese perder segun la ley. E si por aventura gelo oviese á tomar por razon, que el emperador oviese menester de facer alguna cosa en ello que *se tomase á pro comunal de la tierra*, tenudo es por derecho *de le dar ante, buen cambio que vala tanto ó mas*, de guisa que él finque pagado bien á vista de omes buenos. Ca magüer los romanos que antiguamente ganaron con su poder el señorío del mundo, ficiessen emperador é le otorgasen todo el poder, ó el señorío que habian, sobre las gentes para mantener derechamente el *pro comunal* de todos, con todo eso non fue su entendimiento de lo facer señor de las cosas de cada uno &c."

Con igual justificacion se explica la ley 31, tit. 18, part. 3, declarando nulas aun las cartas dadas por el soberano, atacando la propiedad. "Contra derecho natural non debe dar privilejo, nin carta emperador nin rey, nin otro señor, é si la diese *non debe valer*. E contra derecho natural seria si diesen por privilejo las cosas de un ome á otro &c. Fueras ende si el rey las oviese menester por facer de ellas alguna labor, ó alguna cosa que fuese á *pro comunal del reino*, así como si

fuese alguna heredad en que oviese á facer castillo ó torre, ó puente ó alguna otra cosa semejante de estas, que se tornase á pro é amparamiento de todos ó de algun lugar senaladamente. Pero esto deben facer en una de estas dos maneras: *dandole cambio por ello primeramente ó comprandogelo segun que valiese*."

En nuestras leyes patrias hasta ahora no se encuentra alguna que establezca iguales principios, no obstante á haberse ofrecido en la acta de reformas á la constitucion, que una ley secundaria fijaria las garantías de la propiedad.

Pero respecto de la propiedad literaria, sí tenemos el decreto de 3 de Diciembre de 1846, cuyos artículos son los siguientes:

- 1.º El autor de cualquiera obra tiene en ella el *derecho de propiedad literaria*, que consiste en la facultad de publicarla é impedir que otro lo haga.
- 2.º Este derecho durará el tiempo de la vida del autor; y muriendo éste pasará á su viuda y de ésta á sus hijos y demás herederos en su caso, durando el espacio de treinta años.
- 3.º El traductor ó anotador de una obra, y la viuda y herederos en su caso, de acuerdo con el editor, tendrán los mismos derechos; pero éstos no se extenderán á otra traduccion ú obra que no tenga sus anotaciones.
- 4.º El simple editor de una obra tendrá propiedad literaria solo el tiempo que tarde en publicar su edicion y un año despues, sin que este derecho se estienda á las ediciones estrangeras.
- 5.º Los editores no tendrán este derecho en el caso de que el autor de una obra quiera usar de los que le concede esta ley.
- 6.º Si un mexicano ó extrangero residente en la República, imprime una

obra en pais extranjero, podrá gozar en México la propiedad literaria, siempre que lo manifieste de un modo auténtico al ministerio de instruccion pública al comenzar su publicacion, y cumpla con los requisitos que previene el art. 14.º

7.º Los autores y traductores dramáticos, además de la propiedad literaria que como los otros tienen respecto de la publicacion de sus obras, la tendrán tambien respecto de su ejecucion, y no podrá representarse un drama sin previo y espreso consentimiento del autor ó traductor.

8.º Muerto el autor, la propiedad pasará á su viuda; faltando ésta á sus hijos y demás herederos, y durará diez años. Lo mismo sucederá muerto el traductor y durará cinco años.

9.º La propiedad literaria de los periódicos se entenderá respecto de un número entero ó toda la coleccion; mas para que se estienda á cada uno de sus artículos, será preciso que los autores ó editores manifiesten claramente su intencion de querer gozar la propiedad. Este derecho no tiene lugar en los periódicos políticos, excepto en la parte literaria original ó traducida.

10.º La nacion tiene la propiedad de todos los manuscritos de los archivos y oficinas de la federacion, los cuales no podrán publicarse sin consentimiento del gobierno. Por igual razon se requiere el de los prelados de los conventos y directores de los colegios para la publicacion de los documentos que poseen, reservándose el gobierno mandarlos publicar cuando lo considere conveniente.

11.º Las obras que se publiquen por órden del gobierno pasarán á ser propiedad comun cinco años despues de su publicacion; se exceptúan las leyes y decretos que tendrán este carácter luego que

se inserten en el periódico oficial; mas para publicarlos en coleccion se necesita del permiso y aprobacion del supremo gobierno.

12.º Las obras publicadas por alguna corporacion, serán propiedad suya durante diez años; pasado este tiempo se podrán publicar por cualquiera.

13.º Los pintores, músicos, grabadores y escultores tendrán derecho de propiedad en sus obras originales, el tiempo de diez años, estendiéndose á ellos la disposicion del artículo 5.º

14.º Para adquirir la propiedad literaria ó artística, el autor depositará dos ejemplares de su obra en el ministerio de instruccion pública, de los cuales uno quedará en el archivo, y otro se destinará á la biblioteca nacional, cuando la obra se publique sin el nombre del autor, si éste quiere gozar de la propiedad, dirigirá con los ejemplares referidos un pliego cerrado en que conste su nombre, á fin de prevenir así la usurpacion á que da lugar el anónimo.

15.º Todos los autores, edictores y traductores pondrán en los forros ó carátulas de sus obras, las advertencias de estilo con arreglo á lo prevenido en esta ley, para asegurar los derechos que les concede.

16.º Para los efectos de esta ley no habrá distincion entre mexicanos y extranjeros, bastando el hecho de hacerse ó publicarse en la República.

17.º La falsificacion se comete publicando toda una obra ó la mayor parte de sus artículos, un número completo de un periódico, una pieza de música, ó representando un drama sin permiso del autor, ó copiando una pintura, escultura ó grabado originales.

Los falsificadores sufrirán por la primera vez una multa de veinticinco á tres-

cientos pesos, de cincuenta á quinientos por la segunda, y de cien á mil por la tercera y así progresivamente, imponiéndoseles desde esta vez la pena de prision desde cuatro meses hasta un año, dejándose la aplicacion á arbitrio del juez competente. En todo caso la obra falsificada pertenece al autor, cuyos derechos quedan espeditos para demandar al falsificador los perjuicios que por su causa se le hayan seguido.

6. El dominio se adquiere de varios modos que tienen su origen, unos en el derecho natural ó de gentes y otros en el civil. Los primeros se dividen en originarios por los que se adquiere la propiedad de las cosas que actualmente no pertenecen á otro; y en derivativos por los que pasa de una persona á otra el dominio ya establecido en una cosa. Los originarios son la ocupacion y la accesion; y los derivativos se reducen á la tradicion y entrega. Los modos civiles de adquirir son la prescripcion, la herencia, la donacion y demás contratos por los que nos hacemos dueños de las cosas ajenas. Empezaremos, pues, por la ocupacion en la cual se comprende la caza, la pesca y la invencion ó hallazgo.

7. Las cosas que jamás han tenido dueño son del primero que las ocupa, de consiguiente cualquier individuo adquiere por ocupacion el dominio de la caza y pesca, siempre que no quebrante alguna disposicion y no contravenga á la costumbre del pais.

8. Las leyes hacen distincion de animales fieras que son los que no se cogen sino por fuerza y no se sujetan al imperio del hombre; de domesticados, que siendo por su naturaleza fieras han sido amansados, haciéndoles perder su primitiva costumbre; y de mansos, que nacen en las casas y apetecen la compañía del

hombre. El dominio en los primeros se pierde luego que cesa la ocupacion, de suerte que si el animal bravo huye hasta perderlo de vista la persona que lo tenia sugeto ó encadenado no podrá reclamarlo. Los segundos cuando perdiesen la costumbre de ir y volver á casa de sus dueños, pertenecerán al propietario de la finca donde hubieren ido á refugiarse, siempre que éste no los haya atraído con algun artificio. Los terceros pertenecen en todos casos á sus dueños, aunque se hubiesen huido de sus casas y posesion.

9. Por invencion ó hallazgo se adquiere el dominio de las cosas que se encuentran casualmente sin dueño conocido, ó que han sido desamparadas de éste para no volverlas á poseer (1). Esta última circunstancia es absolutamente precisa para adquirir el dominio; y así no tiene lugar la adquisicion en las cosas muebles que se arrojan al mar por miedo ó peligro de un naufragio, ni en las heredades ó casas que el dueño dejase desamparadas por temor de ladrones ó enemigos (2). Tambien se adquieren por invencion ó hallazgo las producciones naturales de los rios ó mares como coral, ámbar, perlas, conchas y en general otras producciones espontáneas de la naturaleza, que no estén sujetas al dominio particular.

10. Para que las minas pertenezcan al que las encuentre ó descubra, es necesario que las denuncie en forma al tribunal ó junta de fomento de minería, la que otorgará su posesion previos los requisitos que exijan las ordenanzas del ramo. El tesoro que se encontrare, aunque sea en terreno propio, pertenece una parte al estado y otra al descubridor: si fuese en propiedad ajena se dividirá entre el due-

(1) Ley 5, tit. 28, part. 3.

(2) Leyes 49 y 50, tit. 28, part. 3.

ño de la finca y el que lo encontró; pero este último no disfrutará de él si lo buscó haciendo escavaciones (1). De todos los tesoros que se hallasen en América, ya en sepulcros de indios ó ya en otros sitios, buscados de intento ó encontrados por casualidad, y consistiesen en perlas, piedras ó metales fundidos ó labrados, debe pagarse á la hacienda pública el quinto y uno y medio por ciento de fundidos, ensayados y marcados, sacando primero el uno y medio y luego el quinto; á no ser que constase haberse ya satisfecho. Del cobre, plomo ó estaño se cobrará el quinto y el uno por ciento; debiéndose aplicar lo restante por mitad á la hacienda pública, quedando la otra mitad para la persona que lo hallase ó descubriese (2). Si existiesen algunos depósitos sin dueño deben ser considerados como bienes vacantes, siguiéndose antes juicio público á instancia de los fiscales, pero sin perjuicio de los legítimos dueños que pareciesen despues y justificasen sus derechos (3).

11. Los bienes que carecen de legítimo dueño y que no están poseidos ó detentados por persona ó corporacion alguna, se pueden ocupar desde luego á nombre del estado, pidiéndose la posesion real y corporal ante el juez competente que la mandará dar en la forma ordinaria. A esta clase de bienes se les llama vacantes. Tambien pertenecen al estado los bienes de los que hayan muerto ó mueran intestados, y no dejen herederos legítimos que los sucedan en la forma que se explicará en su lugar oportuno.

12. Habiendo tratado de la ocupacion y de sus diferentes clases, paso á hablar de la accesion que es el segundo

modo originario de adquirir; y consiste en lo que producen nuestras cosas por lo que á ellas se une ó se incorpora. La accesion puede ser natural ó industrial, y tiene lugar tanto en las cosas mueble como en las raices.

13. Puede haber accesion en las cosas inmuebles: 1.º Por acrecentamiento paulatino que hacen los rios en las heredades sitas en sus orillas, lo cual se llama aluvion: 2.º Por dejar el rio un terreno seco cuando muda de madre ó alveo: 3.º Por formar un rio, una isla. Si poco á poco é imperceptiblemente uniese un rio navegable ó no algun pedazo de tierra de una heredad situada en sus orillas, y aumentase el terreno de otra, adquiere el dueño de ésta la tierra agregada (1), con el gravámen de dejar el suficiente espacio para el tiró de la sirga si el rio fuese navegable, segun la costumbre ó los reglamentos que sobre el particular rigieren. Igualmente cuando un rio se retira insensiblemente de una orilla dejando algo de terreno en seco pertenece éste al dueño ó propietario fronterizo de dicha orilla, y el de la opuesta no podrá hacer reclamacion alguna del terreno que por esta variacion del rio hubiese perdido. Pero si se llevase el rio repentinamente alguna parte considerable de una heredad con sus árboles ó sin ellos á otra heredad, el dueño de ésta no adquirirá el terreno aumentado, á no ser que éste permanezca allí un año ó se incorpore con la heredad agena; en cuyos casos debe el dueño de ésta indemnizar al otro del menoscabo segun tasacion de peritos (2).

14. Si un rio mudase de curso formando nuevo cauce, y dejando en seco el

(1) Ley 45, tit. 18, part. 3.

(2) Ley 2, tit. 12, lib. 8, R. Ind.

(3) Ley 7, del mismo tit. y lib.

(1) Ley 26, tit. 28, part. 3.

(2) Dicha ley 26.

antiguo, corresponde éste á los dueños de las heredades inmediatas (1); si bien parecería mas justo que lo adquiriesen los dueños de las heredades que ocupase el rio en su nuevo curso, como una justa indemnizacion, tomando cada uno tanta parte del antiguo cauce cuanta fuere la extencion del terreno que hallan perdido. El dueño de la tierra donde forme el rio el nuevo cauce ó alveo, pierde el dominio de ella; porque se hace de naturaleza pública como el terreno por donde corria anteriormente (2). Las heredades que se cubren de agua por avenidas é inundaciones permanecen en poder de sus dueños, y luego que estén descubiertas podrán usar y disponer de ellas como antes (3)

15. Las islas de los rios navegables ó de los mares adyacentes á las costas, pertenecen al estado y ningun particular puede adquirir el dominio de ellas. Mas las islas que se formen casualmente en los alveos de los rios no navegables, pertenecen al propietario ó propietarios de la orilla á que se aproxime mas la isla; pero si no estuviese mas próxima de otro, será por mitad de los propietarios de ambas orillas tirando la línea divisoria por medio de la isla (4)

16. El dueño de una heredad no tiene derecho á coger la fruta que produzcan los árboles plantados en heredad agena, á pretexto de que éstos estienden sus raíces hasta la suya ó que sus ramas caen sobre ella.

17. Accesion industrial es el aumento ó mejora que recibe una cosa nuestra, no por obra de la naturaleza, sino por industria y artificio de alguna persona. Si-

guiendo el orden que me he propuesto trataré de ella con respecto á las cosas inmuebles, dejando para despues el hacerme cargo de los muebles. Hay accesion industrial en las cosas inmuebles, cuando uno planta, siembra ó edifica en finca agena ó en la propia con materiales agenos. En esta materia rige el principio de que lo accesorio sigue á lo principal.

18. Cualquiera obra ó plantacion hecha en un terreno se presume que fué ejecutada por el dueño de éste y á sus espensas, á no ser que se pruebe lo contrario. Mas esto no se entiende con perjuicio de la propiedad que un tercero hubiese adquirido ó pueda adquirir por prescripcion en parte del edificio ó finca agena.

19. Si uno plantase ó edificase en finca que no es suya con semillas ó materiales propios, el dueño de aquella tiene derecho ó para retener lo plantado ó edificado, ó para hacer que se lo lleve á espensas suyas el que ejecutó la plantacion ó construccion, el cual podrá ser condenado al resarcimiento de daños é intereses, si hubiere lugar á él, por el perjuicio que haya sufrido el propietario. Si éste quisiere quedarse con lo plantado ó edificado, y el plantador ó constructor hubiese procedido de buena fé, estará obligado el primero á reintegrar al segundo el valor de los granos, semillas ó materiales, y el de los jornales de los operarios, sin que entre en cuenta el aumento del valor que puede haber adquirido la propiedad (1). En el caso de que no pueda separarse sin graves daños lo plantado ó construido, y de haber procedido con buena fé el plantador ó constructor, tendrá el propietario la eleccion ó de pagar al

(1) Ley 31, de dicho tit.

(2) Ley 32, de dicho tit.

(3) La misma ley,

(4) Ley 27, 28 y 19 de dicho tit.

(1) Ley 41 y 42, tit. 28, part. 3.

tro el valor de los materiales y jornales, enteramente y se las apropiará el dueño ó una cantidad equivalente al aumento de la casa ó heredad.

20. Si alguno de buena fé plantare ó edificare en terreno propio con semillas ó materiales ajenos, aquellas y éstos le pertenecen por accesion; pero habrá de pagar el doble valor de ellos segun la ley (1); aunque en la práctica no se acostumbra; y además será condenado al resarcimiento de daños y perjuicios estimados bajo juramento del dueño, si procedió de mala fé (2). Si habiendo adquirido alguno de buena fé una heredad agena edificare ó plantare en ella, y despues disputase su propiedad y le venciese en juicio su verdadero dueño, deberá abonarle los gastos que hubiere hecho con deducccion del valor de los frutos percibidos; en cuyo caso podrá retener la heredad el poseedor de buena fé, mientras no se le abonen los espresados gastos; y aun cuando la haya entregado podrá reclamarlos. En caso de que el verdadero dueño fuese tan pobre que no pueda abonar al otro los gastos espresados anteriormente, hará obligacion de satisfacerlos dentro de un plazo convencional con el producto de la finca, hipotecándola especialmente para ello.

21. Si las obras ejecutadas en finca agena fueren de mero adorno ó recreo, el que las ejecutó si lo hubiere hecho con buena fé podrá llevárselas á menos que el dueño del edificio ó heredad se preste á satisfacerle el valor de ellas; pero si las hubiere ejecutado de mala fé, las perderá

22. El que de buena fé ejecutare obras de gran consideracion en finca agena, convirtiendo por ejemplo un terreno erial en otro productivo, de suerte que lo accesorio llegue á ser principal; se hace dueño de todo, y solo estará obligado á entregar al verdadero dueño el primitivo valor de la finca ú otra igual á ésta.

23. La accesion en las cosas muebles puede verificarse por la union ó mezcla de una cosa propia con otra agena, ó por la formacion de una nueva especie. Cuando á una cosa principal se une otra accesorial, por ejemplo un brazo á una estatua, el propietario de la cosa principal adquiere la accesorial bajo la condicion de pagar al otro el valor de la cosa unida. Sin embargo, cuando ésta es mucho mas preciosa que la principal, y se ha unido sin consentimiento del propietario, puede éste pedir que se separe y se le entregue, aun cuando de esta separacion pueda seguirse algun daño á la otra cosa con que se hizo la union; pero esto se entiende cuando el que la hizo procedió de buena fé; pues en el caso contrario habrá de pagar al otro, además del valor de la cosa, los daños y perjuicios que pueden habersele seguido por dicha union (1).

24. Cuando de dos cosas que se han unido no pueda determinarse bien cual es la accesorial, se reputará principal la que tenga mayor valor, ó volúmen si los valores fuesen iguales. En los cuadros se considera como principal lo pintado y la tabla, cobre, ó lienzo como accesorio. En los escritos aunque parece que debiera considerarse como accesorio el papel ó pergamino, la ley sin embargo decide lo contrario (2).

(1) Ley 28, tit. 28, part. 3.

(2) Ley 16, tit. 2, part. 3.

(1) Ley 23, tit. 28, part. 3.

(2) Ley 36, del mismo tit. y part.

25. Si se mudasen ó confundiesen casualmente ó con beneplácito de sus respectivos dueños las cosas, bien sean del mismo género, bien de naturaleza diferente, ó diversas solo en la calidad, cada uno de los dueños adquiere en lo dado un derecho proporcional á su parte (1). Pero si la mezcla ó confusion se hiciere no por casualidad ó con anuencia de sus respectivos dueños, sino por hecho voluntario de uno solo, si éste hubiere procedido de mala fé, perderá su parte mezclada, cuya propiedad adquirirá el otro ú otros interesados á prorata de las suyas. Si el que hizo la mezcla hubiere procedido de buena fé, hará suyo el resultado de ella, satisfaciendo al otro ú otros interesados el valor de sus partes respectivas, si no pudiesen separarse las especies; pero admitiendo separacion sin deterioro, cada cual tendrá derecho á la suya (2).

26. Si la materia perteneciente á uno de los propietarios excediese mucho á la de los otros en valor ó precio, podrá aquel reclamar la cosa procedente de la mezcla, pagando á los demás propietarios el valor de sus respectivas partes: del mismo modo cuando con cosa agena se forma una nueva especie, como de uvas vino, y de plata una jarra &c., el propietario de la materia, ya pueda ésta ó no reducirse á su antigua forma, tiene derecho para reclamar la especie que se ha formado, abonando el costo de la fabricacion ó manobra. No obstante, si ésta fuese de tanta consideracion que sobrepusase en mucho el valor de la materia empleada, en este caso se considerará como cosa principal, y tendrá derecho el artífice para retenerla abonando el valor de la materia á su dueño.

27. Cuándo para formar una nueva especie se han juntado dos materias pertenecientes á diferentes dueños, y éstas no pudiesen separarse sin inconveniente ó deterioro, la nueva especie será comun á los dos propietarios proporcionalmente, esto es, al uno con respecto á la materia solo, y al otro con respecto á la materia y á la fabricacion. En todos los casos en que un propietario tiene derecho á reclamar la materia que sin su consentimiento se ha empleado para la formacion de una nueva especie, le corresponde la eleccion de pedir ó el valor de la materia, ó esta misma de igual naturaleza, cantidad, calidad, peso y medida (1).

28. Todo el que haya empleado para los anteriores fines ó para otros, materia estraña sin consentimiento de su dueño, puede además ser condenado al resarcimiento de daños si hubiere lugar á ello, sin perjuicio de otras penas mas graves, segun el mayor grado de malicia ó culpabilidad que pueda haber habido.

29. Se ha dicho ya que el propietario de una cosa tiene derecho á percibir cuanto produce la misma, por consiguiente le corresponden los frutos naturales, los industriales, los civiles y la cria de los animales. Son frutos naturales los que produce natural y espontáneamente la tierra; frutos industriales los que produce la misma por medio del cultivo; y frutos civiles los réditos ó intereses de un capital, las pensiones, los alquileres, las rentas de tierras, viñas ú olivares &c., los censos, pesos, oficios, derechos de caza y pesca, y otros. Las crias de los animales pertenecen al dueño de las madres (2), y al de los padres ó machos solo le corresponderá lo que sea debido por pacto ó costumbre.

(1) Ley 34, tit. 28, p. 3.

(2) Dicha ley 34.

(1) Ley 38 del mismo.

(2) Ley 29, tit. 28, p. 3.

causa justa (1). Siempre se presume que uno tiene la cosa en nombre de otro, cuando empezó á poseer por éste, á menos que no se pruebe lo contrario. Sin embargo, todos los detentadores ó poseedores á nombre ageno, pueden prescribir por sí la cosa en los dos casos siguientes: 1.º Si aquel á cuyo nombre tienen la cosa les trasfiere la posesion real y verdadera que él tenia en ella antes de dárselas en depósito, arrendamiento &c.: 2.º Si disputasen el derecho de posesion á aquel de quien tienen la cosa precariamente, pues desde aquel momento valdrá la posesion si le venciesen en juicio.

42. No puede prescribir un propietario la cosa que posea *pro indiviso* y en comun con otro. La prescripcion de un crédito que depende de una condicion, ó tiene un plazo, no corre hasta que aquella se verifica ó llega el dia aplazado. Tampoco corre contra el heredero que recibe la herencia á beneficio de inventario, respecto de los créditos que él mismo tiene contra la herencia. Pero sí corre contra una que esté vacante ó yacente, aun cuando no se haya nombrado curador de los bienes que la compongan. El tiempo prefijado por la ley para hacer inventario y deliberar, se cuenta tambien para la prescripcion en los casos en que ésta tiene lugar.

43. Los jueces no pueden suplir de oficio la excepcion que resulta de las prescripciones, la cual puede oponerse en cualquiera estado de la causa y aunque sea en la instancia de apelacion; á menos que pueda presumirse por los antecedentes, que el no haberla opuesto antes el prescribente es por haberla renunciado.

44. De lo dicho se infiere que la propiedad de las cosas puede prescribirse

por el trascurso de un tiempo mas ó menos corto segun disponen las leyes; para lo cual es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1.º buena fé; 2.º justo título; 3.º posesion continuada y no interrumpida; 4.º tiempo señalado por la ley; 5.º que la cosa sea capaz de prescribirse.

45. *Buena fé.* Se llama posesion de buena fé la que tiene el que es dueño de la cosa, ó que cree serlo por alguna causa justa, como el que compra á otro una cosa creyéndolo verdadero dueño de la misma sin serlo en realidad. La buena fé se presume en todo poseedor, siempre que no se pruebe lo contrario. Para que se verifique la prescripcion basta que la buena fé se haya tenido al tiempo de tomarse posesion de la cosa, y no le perjudicará para los efectos civiles la mala fé que sobrevenga despues. En el contrato de venta debe haber buena fé de parte del comprador al tiempo del otorgamiento del contrato, la cual ha de continuar hasta la toma de posesion de la cosa comprada (1). Nunca debe presumirse buena fé de parte del que compra alguna cosa á huérfano, demente ó procurador de otro, sobornándolos para verificar la venta, y por lo mismo no tiene lugar la prescripcion.

46. *Justo título.* El segundo requisito es el de que medie un título real y verdadero de aquellos que son traslativos de dominio, como la venta, la donacion, &c. Por tanto no basta para prescribir la mera creencia de que se tiene la cosa con justo título, si éste no existiere realmente (2). Si el título de adquisicion tuviese algun vicio ó falta de solemnidad legal, pero que no sea conocido del po-

(1) Ley 2, tit. 29, p. 3.

(1) Ley 12, tit. 29, p. 3.

(2) Dicha ley 12.

seedor, habrá buena fé de parte de éste; por lo mismo bastará dicho título vicioso para prescribir, si dentro del término designado por la ley para las prescripciones no reclamase el propietario. Para la adquisicion de algunos derechos como el de servidumbre, sirve de título el uso del uno, y la paciencia ó tolerancia del otro. La opinion errónea acerca del justo título que uno cree tener cuando este error depende de hecho propio, no es suficiente para prescribir; pero sí cuando depende de hecho ageno; como si habiendo uno dado orden á su procurador para que le comprase una finca, éste la adquiriese del que no era dueño de ella, ignorándolo el poderdante (1).

47. *Posesion continuada.* Para prescribir se necesita una posesion continuada (2), sin interrupcion, pacífica, pública y obtenida á título de propietario verdadero ó tenido como tal por el poseedor. Los actos de violencia no pueden servir de fundamento de posesion para prescribir. La posesion útil no empieza hasta que no cesa la violencia (3). Tampoco puede fundarse la posesion en ciertos actos de condescendencia ó urbanidad de parte del dueño de la cosa; como si permitiese por via de recreo pasear á alguno por su heredad, y éste pretendiese después fundar en esto un derecho de servidumbre.

48. El poseedor actual que prueba haber poseído antiguamente, tiene á su favor la presuncion de haber poseído también en el tiempo intermedio, á no ser que se acredite lo contrario. Para completar la prescripcion puede uno reunir la posesion que actualmente disfruta á la de su causante de cualquier modo que le haya suce-

dido, ya sea por título universal ó particular, lucrativo ú oneroso (1).

49. Se interrumpe civilmente la posesion para los efectos de la prescripcion por medio de la citacion judicial hecha por el dueño de la cosa al poseedor; sin embargo, no perjudicará: 1. ° Si fuese nula, por no haberse hecho en forma legal: 2. ° Si el actor desistiese de su demanda ó la abandonase: y 3. ° Si el tribunal la desestimase. En estos tres casos se considera la interrupcion como si no hubiese existido.

50. *Tiempo señalado por la ley.* Si los bienes fuesen muebles, bastarán tres años para prescribirlos; pero siendo inmuebles se necesitan diez cuando se hallan situados en el lugar donde tenga su domicilio el propietario de ellos, y veinte si estuvieren en distinta parte. Si el verdadero propietario hubiere tenido su domicilio, ya dentro de la provincia donde están los bienes, ya fuera de ella, es necesario para que se verifique la prescripcion, añadir al tiempo que faltaba para completar los diez años de presencia un número doble de años de ausencia (2). Pero estos términos se entienden para las prescripciones ordinarias: de las extraordinarias luego trataré.

51. *Que la cosa sea capaz de prescripcion.* No pueden prescribirse las cosas sagradas ó destinadas al culto divino; pero sí las demás que se llaman puramente eclesiásticas, como son los bienes raíces y muebles que constituyen el patrimonio de las iglesias, aunque para su adquisicion no basta la prescripcion ordinaria como se verá después. No pueden prescribirse tampoco los caminos públicos, los rios, puertos, costas, murallas y demás

(1) La misma ley.

(2) Ley 9, út. 29, p. 3.

(3) Ley 29, út. 29, p. 3.

(1) Dicha ley 12.

(2) Leyes 9, 18, 19 y 20, út. 29, p. 3.

de uso público perteneciente al Estado (1), ni los bienes de los menores; tampoco puede el marido prescribir las cosas de la muger, ni ésta las de aquel durante el matrimonio (2). Las cosas robadas no pueden prescribirse mientras no vuelvan á poder de su dueño (3).

52. Por la posesion continua y no interrumpida de treinta años, se prescriben todas aquellas cosas que son imprescriptibles por falta de título en el poseedor, por lo que se llama prescripcion extraordinaria, y pueden adquirirse: 1.º Los bienes inmuebles que no tienen dueño conocido, sin que pueda reclamarlos el fisco como bienes mostrencos, verificada que sea esta prescripcion por el transcurso de los treinta años. Los bienes muebles de la misma clase se prescriben por el transcurso de diez años: 2.º Las cosas de los menores de veinticinco años que sean mayores de catorce, correspondiéndoles el beneficio de restitucion por el tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad: 3.º Las de los incapacitados ó que tienen interdiccion judicial: 4.º Las cosas dotales de la muger cuando siendo ésta mayor de veinticinco años y conociendo la indolencia del marido, no reclama para interrumpir la posesion de un tercero (4): 5.º Las cosas inmuebles enagenadas por un ladron ó un poseedor de mala fé: 6.º Las cosas muebles é inmuebles de las ciudades y villas cuyo uso no es permitido á todos los vecinos: 7.º Las inmuebles de las iglesias ó lugar religioso, aunque para éstas se necesita la prescripcion de cuarenta años (5), y de ciento en las pertenecientes á la Igle-

sia Romana (1). Para esta prescripcion extraordinaria se requiere buena fé al tiempo de la adquisicion y posesion continua, aunque no sea necesario el justo título.

53. El dueño de las cosas robadas ó perdidas tiene derecho para reivindicarlas durante dichos treinta años contados desde el dia de la pérdida ó del robo, contra aquel en cuyo poder las encuentre; quedándole á éste á salvo su recurso contra el sugeto de quien las hubo.

54. Para prescribir las acciones ó libertarse uno de la obligacion que tiene contraida, solo se requiere el transcurso del tiempo y no se necesita buena fé ni título. Para prescribir la accion que dimana de dominio ú otro derecho real que se tiene en alguna cosa, se necesita el transcurso de treinta años. El mismo tiempo se requiere para prescribir una accion personal, ó que procede de alguna obligacion cuando ésta va acompañada de hipoteca (2). La accion que procede de cualesquiera otras obligaciones destituidas de hipoteca, se prescribe por el término de veinte años, como tambien la sentencia que se da sobre obligacion meramente personal (3). Si la obligacion personal fuese de aquellas por las que se puede proceder ejecutivamente contra el obligado, se prescribe el derecho ejecutivo por el no uso de él en diez años, quedando otros diez al acreedor para proceder contra el obligado en juicio ordinario.

55. Se prescriben por el transcurso de tres años: 1.º El derecho que tienen los abogados, escribanos, procuradores y demás curiales, para exigir sus honorarios, derechos y estipendios (4): 2.º El

(1) Ley 6, dicho tít. 29.
(2) Ley 8 de dicho título.
(3) Ley 2, tít. 8, lib. 11, N. R.
(4) Ley 8, dicho tít. 29.
(5) Leyes 7 y 20, dicho tít. 29.

(1) Dicha ley 26.
(2) Ley 5, tít. 8, lib. 11, N. R.
(3) Dicha ley 5.
(4) Ley 9, tít. 11, lib. 10, N. R.

que tienen los maestros y profesores de ciencias y artes por las lecciones que dan: 3. ° El de los médicos, cirujanos y boticarios por sus visitas, operaciones y medicamentos (1): 4. ° El de los mercaderes por las mercancías que venden á los particulares no comerciantes: 5. ° El de los maestros ó empresarios que tienen casa de pupilage ó pension, por el precio de ésta y el de los demás maestros por el estipendio ó precio del aprendizaje: 6. ° El de los jornaleros, menestrales ú otros trabajadores, para las pagas de sus jornales, utensilios y salarios: 7. ° El de los criados para el pago de sus salarios (2): 8. ° El de los posaderos, fondistas, hosteros, bodegoneros para el pago del alojamiento y de la comida que dan (3).

56. Los años de las prescripciones expresadas en el número anterior, empiezan á contarse: en los abogados y demás curiales; en los maestros, médicos, boticarios y mercaderes, desde que llegan á devengar su haber ó debérseles el estipendio; en los criados desde el día que salen de casa de sus amos; en los jornaleros, menestrales y otros trabajadores desde que hayan concluido su trabajo; en los fondistas y posaderos desde el día en que dieron la comida ó el alojamiento.

57. Así la pérdida de la posesion como la interrupcion civil de ésta, interrumpen la prescripcion, de suerte que al que estaba prescribiendo no le aprovecha el tiempo pasado, aun cuando despues vuelva á adquirir la posesion de la misma cosa. Tambien se interrumpe la prescripcion por el reconocimiento expreso ó tácito que el deudor ó poseedor hace del derecho de aquel contra quien prescribia.

Se entiende que hay reconocimiento tácito, cuando el deudor renueva la deuda, bien sea otorgando escritura pública, dando fianza ó hipoteca, bien pagando parte de ella, ó los intereses de la misma deuda, ó haciendo otro acto semejante.

58. Tambien se interrumpe la prescripcion de una deuda, pidiéndola el acreedor delante de testigos ó árbitros, siempre que acuda despues ante el tribunal á reproducir su interpelacion. La citacion ó reconocimiento de la deuda hecha con arreglo á lo espuesto en el número anterior á uno de los deudores mancomunados, interrumpe la prescripcion contra todos los otros, y lo mismo tiene lugar contra sus herederos. Pero la citacion ó interpelacion hecha á uno de los herederos de un deudor mancomunado, ó el reconocimiento de la deuda por este heredero, no interrumpe la prescripcion con respecto á los demás condeudores, sino por la parte á que dicho heredero estaba obligado. Para interrumpir la prescripcion por el todo con respecto á los otros condeudores, es necesario la interpelacion hecha á todos los herederos del deudor del difunto, ó el reconocimiento de todos estos herederos. La citacion hecha al deudor principal ó el reconocimiento de éste interrumpe la prescripcion contra el fiador.

59. La prescripcion ya adquirida puede renunciarse; pero no el derecho de prescribir. La renuncia puede ser expresa ó tácita, ésta resulta de un hecho que supone el abandono del derecho adquirido. La persona que no puede enagenar, tampoco puede renunciar la prescripcion ya adquirida. Los acreedores ó cualquiera otra persona interesada en que se haya adquirido la prescripcion, pueden oponerla, aunque el deudor ó propietario la renuncie.

(1) Ley 10 de dicho título.

(2) Ley 12 de dicho título.

(3) Dicha ley 10.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS

Acerea de las materias contenidas en el título segundo de la propiedad.

La ley, asegurando la propiedad de una cosa, hace al hombre social uno de los mayores beneficios que puede esperar de ella. ¿Qué es aquel sin la propiedad? ¿Y qué es ésta sin la sancion legal? Por mas que algunos filósofos hayan dicho lo contrario, es indudable que la humanidad no puede ser feliz sin la sociedad civil, ni ésta sin la propiedad; y no es menos cierto que no puede decirse uno verdadero propietario, si la ley no viene en su apoyo. En efecto, ésta evita que el mas fuerte intente apoderarse de la cosa de otro mas débil, y de esta manera no solo le proporciona goces, sino que los aumenta, en cuanto lo prepara á sacar mas productos de los que llegue á poseer. La razon de esto es sencilla; pues cuanto mas seguro esté de aprovecharse de ellos, tanto mas se aplicará á trabajar y ejercer su industria en la cosa, y al contrario cuanto menos cierto se halle, tanto mas los reducirá. La ley pues debe dirigirse á formar en el espíritu del propietario la persuasion de que nadie le despojará de su propiedad; que gozará de los productos que han de resultar por sus afanes; y que si alguno intentare privarlo de ellos, habrá un magistrado que lo defenderá de estos atentados. En consecuencia haga ver que la propiedad es inviolable, y sobre todo ella misma no la violo. Deje pues, á todos hacer uso de sus facultades como mejor les parezca, ya que éstas son una propiedad suya; no les embarace dedicarse al oficio ó industria que quieran; permítaseles hacer contratos como les acomodare; en fin, no

exija contribuciones ni imponga recargos, sino en cantidad necesaria y módica. Estas son verdades de inmensas consecuencias, y que piden la atencion del lector. De aquí podrá formar su juicio sobre las diversas leyes económicas y administrativas que se han dictado entre nosotros, especialmente de las injustísimas y desproporcionadas sobre contribuciones, de cuyo exámen me abstengo por no pertenecer al presente asunto.

DERECHOS DEL PROPIETARIO.

Establecida pues la propiedad, hemos de ver los derechos que ella da al que se halla en su goce. Es claro que una cosa es apreciada por su dueño en razon de los usos, servicios y utilidades ó productos que ofrece la misma, sea de presente, sea para mas adelante; todo entra en el cálculo, en la mente del propietario. ¿A quién han de pertenecer, pues, los frutos de una heredad, las rentas de una casa, ó los productos de otra cualquiera si no es al mismo? Ello es indudable. En efecto, si las plantas que produce un campo que es mio no fuesen exclusivamente mías, sino que cualquiera tuviese derecho de apoderarse de ellas, tendria yo una pérdida sensible, y el que se apoderase una ganancia inesperada. Si los frutos de una heredad que es mia, y que cultivo con mi sudor, fuesen del primer ocupante, me abstendria ciertamente de comprarla y labrarla. Si yo no tuviese derecho de exigir la renta de una casa que he dado en arrendamiento ó de

un capital que he prestado, me guardaria bien de darlos así; finalmente, si el novillo que ha parido mi vaca, no fuese exclusivamente mio, podria yo tener interés en destruirlo. En los cuatro casos se impide la produccion, los mejoramientos, la circulacion de las cosas y el aumento de la riqueza; hay un engaño completo de esperanzas, y se espone á los hombres á llegar á las manos: por consiguiente, todos los frutos de una cosa deben pertenecer á su dueño exclusivamente y sin excepcion. Esto es tan claro que no hay para que insistamos mas.

¿Pero qué diremos cuando el poseedor de la cosa no la adquirió de su verdadero dueño, y por consiguiente pertenece á otro? Hará suyos los frutos de ella? Si cuando yo compro una heredad de alguno que aunque no es legítimo propietario, estoy firmemente persuadido que lo es, y en consecuencia de esta compra, la cultivo, da frutos y los recojo, no hallo razon para ser privado de ellos. De lo contrario mi buena fé seria castigada sin motivo, y obligaria á los compradores á hacer un exámen cuasi imposible de quién es el legítimo dueño de la cosa, el cual en verdad impediria los contratos. Además no se perjudica en nada al verdadero propietario, pues que conserva el derecho de recobrar la misma cosa, y por otra parte no podria exigir los frutos recogidos por el poseedor, ya que no ha empleado en su produccion trabajo ni capital alguno. Deben pues, cederse á éste los frutos percibidos, y reservar al que aparezca propietario la facultad de reintegrarse de la finca, pagando el mismo precio que aquel dió al vendedor á quien él podrá reclamar separadamente.

Tambien debe concederse en mi concepto al poseedor, el derecho de pedir los gastos causados en el cultivo y recolec-

cion de los frutos aun no recogidos, y las mejoras que haya hecho. En lo demás esto podria ser motivo para que los poseedores, por mas que se creyesen dueños verdaderos, se abstuviesen de mejorar sus bienes por temor de que alguna vez fueran despojados, lo cual ciertamente es perjudicial. Y esta doctrina no solo debe tener lugar respecto de los frutos industriales, sino de todos los demás tratándose de un poseedor de buena fé. Compárense los perjuicios que resultan á éste de privarle de los otros frutos, y se verá que respecto de él, son incomparablemente mayores que respecto del dueño que aparece. Esta razon, que es la que debe dominar en la legislacion, parece que aconseja que el derecho del poseedor de buena fé, se estienda á todos los frutos de cualquiera clase que sean.

Por lo mismo debe establecerse doctrina distinta en cuanto al poseedor de mala fé. Este puede asemejarse á un usurpador; y pues que sabe que la cosa pertenece á otro, no hay en él pena de de esperanza engañada. Por otra parte, dejarlo propietario de los frutos que hubiese recibido durante su posesion, seria aprobar su malicia, y justo es obligarlo á su restitution. ¿Cómo puede sancionar la ley actos procedentes de aquella? Esto es muy ageno del carácter de moralidad de que debe ella estar siempre revestida; no obstante, si hace en la finca algunas reparaciones necesarias ó mejoras útiles, debe abonarse su importe por el dueño que sobrevenga; porque al mismo tiempo que á nadie se sigue perjuicio de ello, se evita su ruina y aun esto propende á aumentar la riqueza pública mediante la seguridad del cobro.

ACCESION.

Cuando se unen en un cuerpo dos cosas de distintos dueños, seria perjudicial

á ambos el dividirlo, y dar á cada uno su porcion: por lo mismo se hace forzoso que uno solo quede propietario del todo. Debe suponerse que el que posee una cosa principal tiene mas afecto que el que solo posee otra de poca importancia; que por lo mismo aquel sufre mayor pena en ser privado de ella; y que igualmente el primero tendrá mas perjuicios que el segundo en ser despojado de la misma. Segun esta doctrina, parece justo que en los casos en que tenga lugar la reunion de dos cuerpos de diversos propietarios, se conceda la propiedad del todo al que lo sea del principal; pero para esto la misma ley debe decidir con la claridad posible, cuál es lo principal y cuál lo accesorio. Este es el principio que domina respecto de esta materia en todo el sistema de Jeremías Bentham, en sus tratados de legislacion civil y penal, principio que por su evidente justicia es imposible dejar de adoptarlo.

Así, cuando una heredad mia confinante con el rio, recibe poco á poco é imperceptiblemente aumento de tierra, yo debo tambien ser dueño de este terreno agregado. Por una parte exige la justicia, que quien está espuesto á tener pérdidas, lo esté tambien á las ganancias, y se vé, que así como esta ocasion he tenido mejora, podré en otra ser perjudicado llevando de mi heredad alguna porcion de ella. Por otra parte, como esta agregacion se verifica sin que regularmente se sepa á quién se quita la porcion arrancada, no hay á quien restituirla. Resulta pues, que yo recibo utilidad sin que se conozca determinadamente daño alguno, y por lo mismo, con hacerme la aplicacion de dicha tierra, hay un aumento de beneficio general: al contrario con privarme de ella, se me causaria un sentimiento, y por consiguiente un mal.

Mas parece que no debe regir esta doctrina cuando la agregacion, en lugar de ser lenta é imperceptible, sucede repentinamente conociéndose de donde se ha arrancado la tierra. Entonces la ganancia del dueño de la heredad á que se agrega, y la pérdida del otro, son inesperadas; y por lo mismo, debiendo sufrir éste mayor pena que aquel en ser privado del terreno arrancado, por la razon que el mal de pérdida es mayor que el bien de adquisicion, la disposicion legal debe indudablemente favorecer al despojado. Además, parece que la ley seria inhumana, pues que castigaria al que por una fuerza inevitable ha sufrido pérdida. Sin embargo, si arrancando el rio juntamente con tierra algunos árboles, éstos arraigasen en la heredad ajena, creo deberia adoptarse otra regla, y en consecuencia darlos al propietario de ésta por la misma razon indicada, á saber: porque éste tendria mas perjuicios que utilidades el otro de trasladarlos en este estado. Pero en tal caso recomienda la equidad que se indemnice completamente al dueño el valor de sus árboles.

¿A quién ha de pertenecer la isla que nace en medio del rio? Hay razones muy poderosas para decir, que á los dueños de las heredades vecinas: 1.º Puede suponerse que aquella se ha formado de las tierras que el agua ha arrancado y reunido de los predios confinantes; y por lo mismo su aplicacion parece ser una indemnizacion de las pérdidas. 2.º Los dueños de los campos vecinos se hallan en posicion de cuidar, cultivar y beneficiarla mejor que otro cualquiera, y la ley debe favorecer lo que ofrece mas utilidad general: 3.º Es de suponer que en razon de la mayor utilidad que se ha de prestar á éstos, la pena de privacion seria en ellos mayor que en otro, y por tanto la

ley no puede menos de favorecerlos, pues que debe adoptar la disposicion que causa menor pena.

Para aplicar á los propietarios vecinos el terreno ó alveo abandonado por un rio hay tambien algunas razones: 1. ° Puede creerse que aquel en algun tiempo ha hecho parte de las heredades confinantes, y que ha dejado de serlo por alguna inundacion; y la adquisicion de él podrá considerarse como una restitution: 2. ° Los dueños de éstas han debido concebir esperanzas que tal vez otro no ha fundado, y conviene no engañarlos en ellas: 3. ° El terreno abandonado será mas útil á éstos que á otro cualquiera, y negarles la propiedad seria disminuir la masa de la utilidad general. Si la tierra se cubre de agua solo temporalmente á causa de alguna inundacion, y retirándose queda seco el terreno ocupado, éste no debe ser de los propietarios confinantes, porque ni han debido concebir esperanzas sobre él, ni su dueño perderlas. Además, lo contrario causaria una inseguridad grande, y seria un motivo para una alarma.

Muchas veces se unen dos cosas de diversos dueños, sea que tengan una misma ó distinta naturaleza, mediante el trabajo ó industria que pone uno de ellos, y puede dudarse á cual han de pertenecer. Segun la regla que dejo asentada la decision parece sencilla, pues no hay mas que ver cual es la cosa principal y cual la accesoria; y segun ella creo que las disposiciones acerca de la accesion industrial son en general conformes á la misma. ¿Quién es el que siente mas pena ó perjuicio en ser privado de la cosa? Pues éste debe quedar con el todo. Uno hace poner en su sortija de oro una piedra cualquiera agena; es de creer que el dueño de aquella sentiria mas en ser despojado de ella que el de la otra; por con-

siguiente debe aplicarse á aquel el todo. Pasemos mas adelante y supongamos que la sortija es de otro metal mas inferior, y la piedra un diamante. Parece que en tal caso debe pertenecer al dueño de éste cuando su valor fuese superior, como regularmente sucederá siempre; porque es claro que él sentiria mas el que le quitasen su diamante, que lo que lo hubiera sentido el otro quitándole su sortija. Esto se entiende cuando el diamante ó la otra piedra no pueda separarse de la sortija; pues pudiendo hacerse esto, nada mas justo y sencillo que dar á cada uno lo suyo. En lo demás no debe importar por cual de los dueños se haga la union de materias; porque siempre debe aplicarse el todo al de la principal, abonando en cualquier caso al otro el valor de su material. Si esta union se hace de mala fé, sabiendo el que la verifica que la materia que agrega á su cosa no es propia suya, parece justo privarlo de todo y aun del derecho al importe de su parte. Pero no deben variar las disposiciones enunciadas, el que la union se haga con el mismo metal de que se compone el principal ó con distinto: esto es para el caso insignificante ó indiferente.

Me parece que los compiladores de las partidas no tuvieron presente el principio de utilidad al redactar las disposiciones relativas á las reedificaciones, pues guiados únicamente por el de que la área es la parte principal y el edificio un accesorio, atribuyeron en todos casos al dueño de aquella la propiedad del todo, cuando ella y los materiales fuesen de distintas personas. La máxima filosófica que enseña al legislador á aumentar bienes y evitar ó disminuir males, le guiará tambien en la decision de la presente cuestion, y solo le bastará reflexionar quien pierde mas en ser despojado de su cosa,

el dueño de la área ó el de los materiales. Supongamos que la área vale mil pesos y el edificio cuarenta mil, ¿á quien se perjudicará mas de que le quiten su cosa? Es indudable que al propietario del segundo, tanto por el mayor importe, como por el valor de afeccion que interviene; pues éste debe quedarse en mi concepto con la casa abonando al otro la estimacion del solar. Tal vez no siempre se hallarán en la proporcion indicada el valor de éste y del edificio, mas no puede dudarse que el de la finca sea incomparablemente mayor, lo cual la constituye en la clase de principal respecto de aquel. He indicado tambien en favor del edificante la razon de afecto que ha debido tener ácia la finca, y en efecto esto parece cierto, pues él la habrá ideado segun sus necesidades ó caprichos, habrá hecho sus cálculos para el porvenir, ó tal vez estará aguardando á que se concluya para realizar algunas miras, todo lo cual no es de suponer en el dueño del mero terreno.

Pero es tambien extraño en nuestras disposiciones legales el que no se haga distincion de buena ni mala fé en el que edifica en terreno propio, para aplicarle la propiedad de materiales ajenos; y que respecto de la indemnizacion en el primero se le obligue á pagar el valor doble de éstos. ¿No es esto confundir el hombre de bien con un bribon, pues que á ambos se hace de igual condicion? Y en la hipótesis de reconocer á la área por principal, ¿porqué obligar á su dueño á pagar el doble valor del edificio? ¿No es esto castigarla teniéndole al mismo tiempo por inocente?

Un platero hace con plata ajena en bruto, que cree ser suya, un vaso de un trabajo esquisito, y por consiguiente de mucho valor: ¿á quien pertenece la obra?

Pesemos los perjuicios que pueden resultar á ambos de su privacion. Suponiendo que aquel ha empleado veinte dias en concluir su trabajo y que lleve dos pesos diarios, tendremos en la hechura cuarenta pesos, y graduando el valor de la plata en veinte pesos resulta á favor del artifice. Por tanto no puede dudarse en darlo al mismo; porque de lo contrario perderia considerablemente mas que el dueño de la plata. Pero puede decirse á esto que pagando al platero su trabajo, no debe quejarse de cosa alguna. Ciertamente es ello á la verdad en algunos casos, mas en otros no lo será que el mero jornal sea suficiente indemnizacion, pues que para apreciar el valor de una cosa pueden concurrir otras muchas circunstancias. ¿Y no pudiera decirse del dueño de la plata que tambien él queda indemnizado con pagársele el importe de ésta? ¿No le es tambien fácil comprar otro tanto metal en bruto? Por otra parte: ¿porqué se ha de obligar á éste á recibir una cosa que tal vez no quiere, y aun mas á pagar el considerable valor de las hechuras? Me parece pues que en este caso y en otros, en que uno por su trabajo reduce alguna cosa ajena á nueva forma, debe tenerse en consideracion cual es lo que vale mas, la materia ó la mano de obra, dejando por consiguiente á un lado el principio adoptado por nuestra legislacion y la romana, y la distincion de si puede reducirse ó no á la forma anterior. Esto mismo se puede aplicar respecto de la pintura.

Cuando se mezclan ó confunden dos cosas de naturaleza ó calidad distinta por voluntad de sus dueños, claro es que cada cual ha de tomar su parte de éste todo mezclado ó confundido, porque es manifesta su voluntad de hacerlo así. Pero no creo sea justo se siga la misma

regla cuando la union se verifica por casualidad ó por hecho de algun estraño. Este todo reunido puede ser útil para ambos dueños ó para uno solo, ó útil para los dos igualmente. En el primer caso parece que debe cargarse con él al que tenga menos perjuicio en recibirlo, pagando al otro un precio moderado de su cosa; en el segundo debe aplicarse á aquel á quien sea útil, indemnizando igualmente al otro para quien no lo es; y en el tercero exige la justicia que lo dividan entre sí en proporcion. Si la mezcla se hace por uno de los dueños y ella no es útil para el otro, no hallo regular que se obligue á éste á tomar parte alguna de la misma. ¿No es mas justo que el que ha tenido la falta, imprudencia ó descuido de hacerlo así sufra el deterioro, y no el otro que se halla inocente? Por tanto considero por injusta la decision de nuestras leyes, en cuanto hace comun de los dueños lo mezclado ó confundido por casualidad, aun cuando sea inútil para ambos; pues no se aprecia en ello el hecho de cada uno, ni el perjuicio respectivo.

Los mismos principios espuestos deben guiarnos para la decision de los casos en que se plante ó siembre en terreno ageno cosa propia, ó en suelo propio cosa agena. En esta materia no hay duda que la tierra es siempre de mas valor que la planta ó simiente, y que por lo mismo, obrando con justicia, el propietario de aquella no puede ser despojado de ella, pero tambien es muy regular que se indemnice competentemente al dueño de las otras. Si la planta no llega á hechar raíces, la mejor medida parece devolverla á aquel de quien fuese, pues con esto no se perjudica á ninguno, lo cual se entiende siempre que ella no se hubiese secado y se hallase en estado de replantar.

En cuanto á la pertenencia de los árboles y sus frutos, que se hallan en el confin de una heredad con otra, nuestras partidas adoptaron el principio de que debian ser de aquel en cuya heredad estuviesen todas ó la principal parte de las raíces.

Confieso que esta razon es de algun peso, pues chupando ellas á la tierra en que se hallan su sustancia, parece justo que el dueño de ella reciba una indemnizacion: además no es regular que el otro se aproveche enteramente con su perjuicio. Pero las raíces de los árboles son generalmente profundas y ocultas, y muchas veces no puede saberse sin socavar en que terreno se hallan todas ó la mayor parte, operacion que sin duda es menester evitar, sopena de causar muchos perjuicios. Parece pues lo mas conforme declarar dueño del árbol al del fundo donde se halle el tronco, y conceder al otro confinante, sobre la parte de la que cayendo algunas ramas hiciesen sombra ú otro perjuicio, el derecho de recoger los frutos de éstas en indemnizacion del daño. Así se concilian las respectivas pretensiones y se favorece á las esperanzas que cada cual haya concebido.

DE LA OCUPACION.

El hombre salvage apenas conoce otro título que el de la ocupacion. Aunque reducida la mayor porcion de la superficie del globo al dominio humano, no han podido sin embargo sujetarse á él todos los objetos contenidos en la tierra apoderada; y por consiguiente los hombres civilizados se hallan respecto de éstos, como los salvages generalmente respecto de todos, á saber: con facultad de adquirirlos por su primera ocupacion. ¿Pero conviene que la ley sancione ésta, asegurando al primer ocupante la posesion

adquirida? Sin duda que sí: porque, 1.º De todos modos bien se vé que no todas la ocupacion hace aumentar los objetos de que el hombre puede necesitar, y esto es produccion de placeres; 2.º sin esta seguridad nadie trataria de ocupar estos objetos y por consiguiente se crearían penas; 3.º pudiendo quitarse al primer ocupante la cosa apropiada para darla á otro, aquel tendria una pena que no se compensaria con el placer de éste; 4.º en fin, esto daria lugar á contiendas judiciales. Sin embargo, no siempre debe ser permitido á cualquiera ocupar las cosas que en sí son capaces de ello; por algunas consideraciones de interés público, ó miramientos de derechos ya adquiridos que deben limitar ó modificar el principio general de lo cual se hablará luego.

Se vé pues, que pueden adquirirse por la ocupacion objetos, bien sea que nunca han sido apropiados, bien que habiéndolo sido alguna vez volvieron despues á su estado primitivo, bien finalmente los que son *nullius* por abandono que el dueño haga de ellos. Las leyes romanas y las de nuestras Partidas hicieron la misma division añadiendo otro miembro mas que es el de la ocupacion bélica. Pero no me parece conveniente insertar en este lugar en que se va hablando de los derechos de adquirir, las adquisiciones que de las cosas del enemigo se hagan en una guerra; porque ésta precisamente constituye la ausencia de todo derecho, si no es que queramos dar este nombre á la pura fuerza, y uno solamente puede tenerse por dueño del objeto cogido al contrario mientras éste no vuelva á despojarle de él. Así la ocupacion bélica solo puede tenerse por verdadero título de adquisicion en el derecho civil, cuando el enemigo haya renunciado en el tratado de paz á las cosas perdidas.

De todos modos bien se vé que no todas las cosas aprehendidas en la guerra son del particular que las cogió; los bienes raíces se hallan de contado exceptuados, y aun en los muebles hay mucha limitacion en todas las naciones.

Siendo el único título que asegure la posesion de las cosas *nullius* la ocupacion de las mismas, en tanto pueden conceptuarse por ocupadas, en cuanto que uno se apodere corporalmente de ellas, y al mismo tiempo tenga intencion de retenerlas para sí. Conviene establecer la primera circunstancia como el único medio de evitar controversias peligrosas; porque si la ocupacion se funda en la prioridad de vista, ¿cómo averiguar quién es el que ha llegado á ver primero la cosa? Fuera de esto, uno de los objetos ocupables son las fieras que huyen de la presencia de los hombres; ¿y puede cualquiera tenerse por dueño de ellas solo por verlas? Pero la ocupacion debe ser verdadera, y no será bastante que uno llegue á la cosa por medio de una piedra, flecha ó bala, sino que siendo mueble deberá apoderarse con las manos, ó á lo menos sujetarla bajo su poder; pues entre tanto no hay aprehension. Así en el ejemplo que refiere Heinecio de la cuestion suscitada entre los enviados andrio y calcidense sobre la posesion de la ciudad de Acanti, de la cual queriendo ambos apoderarse primero, y viendo aquel que el otro se le habia adelantado, clavó una flecha en las puertas, no es dudosa la prioridad del acto de aprehension del calcidense. Tambien se requiere justamente en el ocupante ánimo de retener la cosa, y esto es general en todas las adquisiciones; porque si uno no quiere ser dueño de una lo conseguirá fácilmente abandonándola. Mas esto no es frecuente, á lo menos con las que sean de

algun valor, por cuya razon podrá parecer á algunos inútil esta circunstancia, sino es que queramos entender por ánimo de ocupar, la capacidad moral de querer apropiarse.

CAZA Y PESCA.

Asentados estos principios generales, vamos á analizar el derecho y modo de cazar y pescar. Por mas que la aprehension de ciertos animales sea un aumento de objetos agradables ó útiles al hombre, no obstante cualquiera que examine con detencion las ventajas é inconvenientes que resultan de una libertad absoluta, hallará tal vez que éstos son mayores que aquellas, razon por la que aconsejaria el quitarla. Así obró Solon con los atenienses á causa del abandono que con este motivo hacian de los oficios mecánicos. Mas no es mi ánimo enumerar ni las unas ni los otros, porque considero intempestiva, y en una palabra mala, la ley que en el estado presente de costumbres tratase de prohibir la caza y la pesca. Entendiéndose que hablo de la primera cuando se ejerce en terrenos comunes ó convecinales, y de la segunda cuando tiene lugar en aguas dulces, mas no en terrenos propios ó en la mar; porque seguramente que entonces hay beneficios reales y conocidos, al paso que no se perciben inconvenientes á lo menos de consideracion. Modifíquese pues y restríngase poco á poco el uso de la caza y pesca; hágase esto sobre todo en el principio, por medio de leyes indirectas, y déjese para mas adelante verificar una reforma mas completa. De todos modos, aun dada la libertad de cazar y pescar, no debe ser ésta tan indefinida que llegue á perjudicar la reproduccion de animales que pueden servir de nuestro alimento ó regalo. La ordenanza, pues, de

Tom. I.

Cárlos IV del año de 1804, que establece vedas para ciertas estaciones é impone otras restricciones, no puede menos de considerarse como justísima en este concepto.

Al fundar el derecho de ocupacion he dicho que los objetos ocupables eran tales por la razon de que ellos no pertenecian á ninguno. Faltando esta circunstancia ya tienen un dueño á quien no se pueden quitar sin cometer una injusticia, y la sociedad civil y las leyes no deben causar semejante despojo, puesto que precisamente su objeto es el de evitarlo. Por lo mismo claro es que solo los animales salvajes, y no los mansos ó domésticos pueden cazarse: así se manda por las leyes cuya disposicion es bien justa, y sobre ella apenas hay necesidad de añadir cosa alguna.

Los animales salvajes y vagantes, que son los únicos respecto de quienes se puede establecer el derecho de caza, en tanto podemos decir que son nuestros en cuanto los tenemos bajo nuestro poder. Salidos fuera de él, adquieren desde luego su estado originario de vida errante; y por lo mismo quedan respecto del comun de los hombres, lo mismo que se hallaban antes de su captura. Parece, pues, justo que desde entonces sean del primer ocupante, sin que el que los ha tenido hasta entonces goce de ningun derecho respecto de ellos; pues aquí pueden aplicarse las mismas razones que he espuesto antes para justificar la ocupacion originaria y asegurar la posesion adquirida. ¿Pero desde cuando conceptuáremos por salidos del poder de su dueño y vueltos á su vida salvaje? La sola ida al campo ó selva, y la sola alejacion de la vista del propietario, no parece deben de ser suficientes; porque bien se sabe que éstos animales domesticados van de

ordinario al campo y se separan de la vista. Conciliando todo, parece que la señal menos equívoca de la verdadera excitación, es la de que además de huir al campo ó selva y haberse alejado, suceda el que no vuelvan á la casa ó parage de su morada despues de la hora acostumbrada. No obstante, creo que esto todavía no basta, porque el dueño puede dejar de advertir la falta por algun tiempo, como es bien fácil que se verifique; por tanto parece que convendria establecer como necesario el transcurso de ciertos dias desde la fuga para poder coger al animal que se haya evadido. Como la pena del primer propietario debe ser mayor que el placer del nuevo ocupante, no debe darse con facilidad por perdido el derecho de aquel.

Se dice tambien que para hacer suya la caza no basta haberla herido, cuando otro la coge; pero que si el cazador la persigue despues de herida, ningun otro la podrá aprehender. En mi concepto, tales aserciones no tienen bastante miramiento al derecho adquirido por el primer cazador, pues creo deberia entenderse á que cualquiera que levante una caza y la persiga, tenga derecho de que ningun otro la siga y coja, y mucho menos despues que la haya herido. En efecto, aquí hay respecto del cazador que ha levantado la pieza una pérdida sensible por no haber podido tirar á matarla, despues que tal vez ha concebido esperanzas halagüeñas de verificarlo al cabo de mucha fatiga; y por otra parte tenemos respecto del que la ha cogido, acaso por casualidad, una adquisicion inesperada. ¿Quién es el que tendria mas sentimiento el primero en ser burlado en sus esperanzas, ó el segundo en ser privado del derecho de tirar? Yo entiendo que aquel, fuera de que su habilidad cazadora está comprometida

en coger una pieza que ha levantado y perseguido; además de las esperanzas que ha formado, y además de no ver recompensado su trabajo, será para él todavía una pérdida mas sensible en razon á que otro la ha muerto ó á lo menos alejado. Mas el segundo cazador no se halla en este caso, y poco pierde en ser impedido á tirar.

Manda tambien la ley que para hacer uno suya la caza no basta haberla cogido en cepo, lazo ó red puesta por él, si otro viene primero y se apodera de ella. Esta disposicion se ha considerado por nuestro derecho como una consecuencia del principio general, de que el apoderamiento corporal es necesario para considerar consumada la ocupacion. Pero no se ha atendido á que la aprehension de un animal en un cepo, lazo ó red es en su efecto como la que se hace con las manos; porque de todas maneras no se verifica mas que la detencion del ser salvaje, lo mismo que si se le guardara en casa. Por otra parte ¿quién perderá mas en ser privado de la pieza caída en estos instrumentos, ó el que los pone sufriendo gasto é incomodidades, ó el que por casualidad pasa por allí y quiere cogerla? No dudaré en afirmar que el primero. Por tanto entiendo que no debe de ser despojado de lo que coja por este medio, á lo menos mientras no se vea que haga su abandono.

Hablando antes en general acerca de la libertad de caza, he convenido en que ella continúe ejercitándose en terrenos públicos ó conserjales, si bien no obstante bajo restricciones que la utilidad pública exige como necesarias. Mas no puede ser estensivo este derecho respecto de fundos de particulares, sino que por el contrario deberia prohibirse al cazador entrar en terreno de otro bajo cualquier

pretexto sin prévia licencia de su dueño. Así lo exige el santo respeto que debe inspirarnos la propiedad ajena; porque si ésta es esclusiva y si las leyes por las razones que tengo manifestadas deben dirigirse á hacerla plena, no se podrá menos de negar á los cazadores, lo mismo que á todos los demás, una violacion semejante. No basta, pues, autorizar á los dueños de las heredades para hacer salir de ellas á los que las han invadido, sino que es necesario castigar á los que lo intenten; porque muchas veces el propietario no se halla en los lugares, y en tal caso su derecho seria illusorio. La agricultura sobre todo está interesada en esta medida; ¿quién en efecto no puede calcular los perjuicios que resultarian, si se concediera el derecho fúnesto de cazar en fundo ajeno? El cazador no duda en destruir acequias, vallados y paredes que el labrador industrioso ha colocado; con ello deja la entrada abierta á los ganados; pisa y echa á perder las mieses y plantas; derriba en fin multitud de frutos y árboles. ¿Y no es para él una escuela donde aprende á forzar la propiedad de otro de cualquiera manera que sea? Sí, yo no veo que haya mas que un paso desde el de un cazador armado que forza la heredad ajena al de uno que invade la casa de otro. Es verdad que ambos tienen fines muy distintos; mas tambien lo es que los dos causan igual violencia, y que esponen al propietario á sufrir daños considerables. Lejos de ir acostumbrando al hombre á hacer impunemente mal á otro, es menester que la ley le guie cuidadosamente á separarlo de él, ruborizándole y reprobando los primeros actos que se dirijan á ello: en lo demás el corazon va pervirtiéndose gradualmente.

Por estas consideraciones y otras que

se pudieran añadir, no dudaria yo en establecer espresamente la prohibicion enunciada, castigando con multas y otras penas al cazador que se propase á cometer este atentado, y por supuesto á la indemnizacion de los daños que cause.

HALLAZGO:

La ocupacion de un animal salvage, y la de una piedra preciosa, que nunca ha estado en el dominio de alguno, son una misma cosa, y solo se diferencian en el nombre, llamando á la primera caza y á la segunda hallazgo; por lo tanto las mismas reglas establecidas antes, deben servir para éste. En cuanto á las cosas que su dueño abandona voluntariamente y las espone al público, claro es que tambien deben pertenecer al que primero las ocupe, sin que aquel tenga ya derecho alguno sobre ellas, pues que el otro las adquirió irrevocablemente. La máxima de la jurisprudencia romana *quæ nullius sunt cedunt occupanti* es perfectamente aplicable al hallazgo, y todavia mas que á la caza. Lo que allí queda dicho me escusa de estenderme mas aquí.

En tanto debe considerarse á uno por dueño de una cosa, en cuanto no ejecuta acto por el que trate de desprenderse enteramente de ella; pues por una parte conserva aquel hasta entonces fundada su intencion, y al contrario otro no puede formarla. De consiguiente, no puede menos de considerarse como justísima la disposicion, por la cual se conserva á uno la propiedad de los efectos arrojados á la mar en los casos de tempestad por aligerar el barco, ó de los que se echan en tierra por miedo de ladrones. Es verdad que en el primer caso el propietario habrá consentido perderlos, á lo menos siendo en alta mar; y que por lo mismo su adquisicion es inesperada para él; pero tam-

bien lo es que ésta es igual respecto del que los ha cogido en la orilla, tal vez andando paseando. De todos modos es indudable que la accion de arrojar no es voluntaria sino forzada á causa del inminente peligro de naufragar; y por consiguiente nunca hay una libre y verdadera voluntad de abandonar las cosas, por cuyo defecto claman ellas por su señor donde quiera que se halle. ¿Y será justo que la ley aumente afliccion al afligido? Sobre todo dése al que tiene la fortuna de hallar la cosa el valor de parte por via de estímulo por su aprehension, y así no podrá quejarse.

Las cosas perdidas deben ser de su dueño con mas razon. Pero seria conveniente en mi concepto señalar cierto término para que entre tanto las reclame; pues en lo demás podrian perecer por falta de un cuidado regular, si no se conserva el que las halla alguna esperanza de quedarse con ellas; además de que puede sospecharse que, supuesto que no practica diligencias para su hallazgo, las ha abandonado. En todo caso entiendo que deberia ponerse en conocimiento de la autoridad local el hecho del hallazgo para que por medio de pregones, edictos y otros avisos procure averiguar quién es su verdadero propietario: de lo contrario éste podrá dejar de advertir la pérdida. Además, cualquiera conoce que esto daria lugar á mil robos; pues si al que se halla una cosa no se le impusiese la obligacion de denunciarla, todo ladrón sorprendido con ella en las manos, tendria salida con decir que la habia hallado.

Un tesoro, que es una cantidad de dinero, que habiendo sido depositado generalmente dentro de tierra, se ignora quien sea su dueño, no se diferencia de las demás cosas sino en su mayor valor, y tal vez en la distinta situacion en que se

encuentra. Así parece que para arreglar los derechos del que lo halle, deben regir las mismas disposiciones que se adopten respecto de todas las demás cosas; porque parece que si ellas están bien fundadas, no deben variarse por el mayor valor del objeto. Sin embargo, no se puede menos de confesar que los legisladores, después de establecer con bastante buen juicio el tratado de la ocupacion, han titubeado y vacilado en la materia de la invencion del tesoro, pues tan pronto han dispuesto una cosa como otra. Así lo hicieron las leyes romanas y las nuestras mandando al fin que pertenezca éste al soberano; pero dando al que lo halla la cuarta parte de él. Por mi parte yo no haria distincion en la cosa hallada, sea grande ó pequeño su valor, y por lo mismo aplicaria el tesoro al que lo hallase, siendo en terreno propio ó comunal; la mitad cuando fuese en ageno ejecutando algunas labores con autorizacion ó por cuenta del propietario; y nada al que se metiese á hacer escavaciones sin permiso de él. ¿Por qué, pues, estas distinciones de tesoro buscado de propósito y hallado por casualidad, con artes mágicas ó sin ellas? ¿No prueba esto que los legisladores no fundaban sus disposiciones guiados de principios fijos?

Como se vé, solo hablo de lo que se llama tesoro propiamente, segun la definicion, y no de las minas ó minerales; acerca de los cuales diré brevemente que en mi concepto no se puede menos de conceder en justicia la propiedad plena de ellos al dueño del terreno en que se hallasen. Es verdad que pueden alegarse buenas razones para dar á cualquiera el derecho de explotar los que hubiese en fundo ageno, mientras el dueño de éste no trata de beneficiarlo; mas tambien lo es que no se puede dejar de conside-

rarlo atentatorio de la propiedad, y que si se reflexiona bien no equivale á la incertidumbre que causa semejante hecho en el propietario territorial. Supongamos que éste no quiere aventurarse, ó no puede hacer la explotacion, si hay probabilidad de que el mineral podrá producir bien, venderá el mismo terreno, pues que otro le dará por él un valor superior. En fin, demos caso que no lo venda, su heredero podrá hacer la explotacion ó la enagenacion, de modo que á lo mas todo se reducirá á esperar algunos años. Esto es mucho mejor que dar el funesto derecho de introducirse en fundo ageno. Por otra parte, si él no causar perjuicio á su propietario no fuese suficiente razon para dejar de ingerirse en él ¿qué consecuencias tan terribles no podriamos sacar de esto? ¿No habria la misma razon para que yo pretendiese v. gr. cien onzas de oro que un rico tiene en su gaveta, sin que le hagan la mas mínima falta y tal vez enroñeciéndose? En fin ¿á dónde iriamos á parar?

DE LA PRESCRIPCION.

UTILIDAD DE LA PRESCRIPCION.

Apenas habrá legislacion alguna de pais civilizado que no haya adoptado la prescripcion, por mas que cada cual de ellas haya variado en los pormenores de su establecimiento. Esto hace ver desde luego la utilidad del principio y pudiera escusarme de hacer un exámen escrupuloso de sus ventajas é inconvenientes; mas como estas reflexiones filosóficas no deban contener doctrina alguna sin razones convenientes de su utilidad, voy á esponer aunque brevemente las que me ocurren para apoyar la presente. 1.º Interesa considerablemente á la sociedad en que todos estén seguros de que nadie les ha de quitar las cosas que están po-

seyendo como dueños; porque es indudable que solo en virtud de tal persuasion convendrán en hacerles mejoramientos, de modo que si esta conviccion falta no lo dejarán de verificarlos empleando en ellos caudal alguno, sino que procurarán aprovecharse de las cosas cuanto mas puedan, es decir, que estarán dispuestos aun á deteriorarlas por sacar todo el jugo posible. He aquí la utilidad de la prescripcion: el aumento de mejoramientos consiguientes á la seguridad que da ella á cualquiera, de que poseyendo la cosa por el tiempo señalado por la ley nadie podrá ya disputársela. 2.º Si la prescripcion no tuviera lugar se suscitarian innumerables pleitos, tanto mas intrincados y dificiles de decidir, cuanto que debiendo girar el asunto regularmente sobre hechos antiguos serian mas dificultosas las pruebas. ¿No se pondrian en litigio nuestros derechos los mas sagrados? Véase otra razon para justificarla. 3.º El hombre que en el largo tiempo que la ley designa abandona su cosa, da á entender que ó no ha conocido su derecho ó que lo ha renunciado: en ambos casos hay utilidad de que al poseedor cuidadoso se le asegure su posesion; porque es claro que si fuese despojado de ella, tendria penas incomparablemente mayores que placeres el despojante. ¿No es cierto que tendrá él un sentimiento de privacion, una pena por el engaño que padece? Pues bien, compárese ésta con el placer inesperado que tendrá el otro; placer sin duda de adquisicion, y no se dudará cual es la que hace caer la balanza: es principio general fundado en la esperiencia que el mal de pérdida es superior al bien de la ganancia.

No obstante estas razones que convienen la utilidad de la prescripcion, no debo disimular que ella produce el incon-

veniente de privar al verdadero dueño de la propiedad de su cosa, acto indigno de la ley en boca de algunos teólogos. ¿Mas acaso debe ésta dirigirse á otra cosa que á producir el bien del mayor número posible de los individuos de la sociedad? Pues tal es lo que sucede en la presente doctrina. ¿Y por ventura la propiedad es alguna cosa sin el apoyo de la ley? Pues bien, ésta podrá negar su aprobacion cuando el propietario, en lugar de cuidar de la cosa, la abandona completamente por un largo espacio de tiempo.

En vista de esto yo no dudaré en decidirme á adoptar el principio general de la prescriptibilidad y la doctrina anunciada anteriormente: omito tambien ahora estenderme mas. Pero quiero hacer observar aquí que á mi parecer lo dispuesto sobre que un loco no puede prescribir, se halla en contradiccion con el principio establecido por el que se exige título traslativo de dominio para empezar á usar de este derecho. ¿Acaso podrá un loco celebrar contratos? No por cierto: luego en tal caso faltará la prescripcion, no por razon de locura precisamente, sino por defecto de título legítimo de adquisicion. Pero supongamos que la cosa prescriptible recaiga en el loco por herencia ú otro título semejante: ¿no es cierto que obrando el tutor en nombre de aquel podria muy bien adquirir la cosa por este medio? A lo menos parece que deberia gozar la misma consideracion que un menor de edad, hijo de familia ó muger casada, y segun se vé, pues que no se prohibe, podrán prescribir por éstos sus tutores, padres ó maridos.

En cuanto á lo que está dispuesto que los que poseen la cosa en nombre de otro, cuales son el arrendatario y otros semejantes, no pueden prescribirla, poco hay sin duda que esponder, pero su doctrina

es justísima. Primero: si los que detienen precariamente una cosa pudiesen con el tiempo prescribirla, seria motivo para que no se las diesen así, es decir, que se dejarian de celebrar contratos en sí muy útiles; pero por ejemplo, en el arrendamiento está probado que cuanto mayor sea el tiempo por el que se estipule, tanto mas útil es á la sociedad; en razon á que el arrendatario que tiene seguridad de poseer la finca por un largo término, mas fácilmente se decidirá á hacer mejoramientos en ella. ¿No es claro que el arrendador se veria obligado á conceder el arriendo para un corto término solamente si el arrendatario pudiera prescribirla? Segundo: la prescripcion supone una buena fé en el prescribente, es decir, que éste se halla persuadido de que él es el verdadero dueño de la cosa, y claro es que el que la adquiere por un título precario y revocable no puede tener tal persuasion. Tercero: si pudiera tener lugar la prescripcion respecto de cosas retenidas por alguno de estos títulos, el detentor haria cuanto estuviese de su parte por no entregarlas al verdadero propietario: por lo mismo su resistencia le seria favorable y su mala fé recompensada por la ley. No obstante, pues, que apruebo en general las disposiciones que voy comentando, quiero hacer observar que no deciden el caso en que habiendo el detentador enagenado la cosa recibida por mero título precario, la posee el otro adquirente con buena fé por el tiempo legal. Así preguntaré yo, ¿se prescribirá por éste? La respuesta será que se prescribirá por la posesion de treinta años, ó á lo menos, si ésta parece demasiado larga, por la de veinte: de otra suerte el título de posesion no seria mas que una cosa imaginaria, y vendriamos á tropezar con el grave inconveniente de impe-

dir la celebracion de contratos útiles. Mas qué importa al dueño que el mismo arrendatario no pueda prescribir, si un tercero á quien éste venda ó tal vez figure vender la finca arrendada lo puede hacer? De todos modos el resultado es uno mismo para el propietario, y lo que hará es conceder el arrendamiento para un número menor de años que el necesario para la adquisicion irrevocable; por esto he considerado conveniente para estos casos un término mas largo, y tal que á lo menos no baje del doble requerido para la prescripcion ordinaria.

REQUISITOS PARA PRESCRIBIR.

Para prescribir la propiedad de una cosa por tiempo ordinario se exige por regla general buena fé, título justo y posesion por la época determinada por la ley; mas no ha faltado quien diga que para prescribir cosas inmuebles se requiere que la buena fé la tengan ambos á dos enagenante y adquirente. Sin embargo, esta doctrina merece en mi concepto su modificacion, y bastaria asistiese la buena fé en solo el poseedor prescribiente. En efecto, si la seguridad de las propiedades es uno de los principales motivos para establecer el derecho de la prescripcion, no podrá negarse sin duda que la circunstancia de buena fé exigida para el vendedor de una finca, lejos de asegurar aquella la hace al contrario incierta y precaria para el comprador; pues que está espuesto á que saliendo el verdadero propietario con que aquel era sabedor de no pertenecerle la cosa al tiempo en que vendió, sea despojado de ella. Así es que todo el mundo titubearia para comprar una finca, y seguramente que se disminuirian en perjuicio de la sociedad estos contratos útiles, aunque procediese el comprador con la mayor legalidad, y por

mas que se quiera averiguar si el vendedor es efectivamente poseedor de buena fé, ¿podrá saberse en todos los casos? Me parece que no. Ni se crea por otro lado que la ley favorece así la mala fé: todo lo contrario, pues así como si ella asistiese al comprador no deberia tener lugar la prescripcion, por mas que el vendedor fuese de buena fé, así tambien debe suceder lo opuesto en el caso contrario. Por consiguiente, mi opinion en materia de buena ó mala fé será que se atienda solamente al poseedor.

Otra cuestion se presenta en esta materia, á saber; si bastará que la buena fé concorra al tiempo de celebrar el contrato ó se requerirá que el poseedor continúe en ella hasta completar el término fijado por la ley. Puede decirse que aquel que ha llegado á saber que el vendedor no era el verdadero dueño de la cosa, sino que lo era otro, la detiene con el conocimiento de los perjuicios que se siguen á éste y del acto ilícito cometido por aquel; que por consiguiente coadyuba en cierto modo á él, y la ley que sancionara de esta manera su posesion, se dirigiria á aprobar un acto consumado con malicia. No obstante este raciocinio, el cual confieso que me hace alguna fuerza, es claro que el comprador tuvo un principio de adquisicion justo, legal é intachable; lo es tambien que posteriormente no ha cometido acto alguno que le haga culpable de algun delito, puesto que el haber tenido la casualidad de saber que el vendedor no podia venderle la cosa seguramente que no lo es: ¿porqué pues le ha de perjudicar esta noticia que adquiere? Además, es manifiesto que siempre que un comprador llegue á saber esto se alarmará extraordinariamente de miedo que el verdadero dueño indague alguna vez, aunque sea con el transcurso de mucho

tiempo, de que durante el término legal ya conocí la verdad: de aquí pues otro mal, el impedir el mejoramiento. En fin, la seguridad de las propiedades, este gran principio de economía política, exige imperiosamente que el que posea una cosa durante tal tiempo que se considera conveniente, se tenga como dueño irrevocable y legítimo de ella, y esto también me hace decidir en su favor.

Respecto del título de posesión traslativo de dominio que se requiere, poco tengo que advertir; porque la buena fe está ligada con el justo título, ó por mejor decir, no puede existir sin él, esto es claro. ¿Cómo uno que toma en arriendo, comodato ó depósito una cosa, que son los que no constituyen propiedad, puede estar en la persuasión de que la ha adquirido á título irrevocable de tal? ¿Cómo uno que roba puede creerlo así? Por consiguiente, no puede haber buena fe sin título legítimo traslativo de dominio, y por lo mismo éste será siempre necesario para la prescripción. Otro tanto se puede decir de cuando uno crea, por ejemplo, haber comprado una cosa sin haberla comprado: apenas puede concebirse que pueda ocurrir error tan craso, y por tanto el que lo alegare no debe ser escuchado. Pero cuando el error proviene de hecho ageno, v. gr. cuando habiendo encargado á un administrador ó otro la compra de cierta cosa le asegura éste haberla comprado, ya entonces aquel puede tener verdaderamente buena fe, y podrá prescribirla si en todo el transcurso legal permanece en ella. No obstante, es visto que esto solo deberá tener lugar respecto de cosas muebles, pues en cuanto á las raíces no puede suponerse tal error; pero aun cuando lo hubiera, el resultado seria que faltaba el título traslativo de propiedad, puesto que el mandante y

mandatario deben tenerse por una misma persona, á diferencia de las cosas muebles para las cuales sirve de título la mera posesión. Por lo mismo, si en éstas el error dependiente de hecho ageno no perjudica la prescripción, es por la razón de que para ellas no se exige más título que la posesión, siendo así que para las raíces se requiere además título. Supuesto que un título traslativo de dominio es necesario para prescribir, es claro que no deben servir de tal el contrato otorgado por un loco, menor ó otro cualquiera impedido; porque no dando la ley fuerza á este acto de contratación, no hay en realidad contrato, por consiguiente tampoco título. Con todo, aun las cosas adquiridas y poseídas por estos medios, podrán prescribirse por el transcurso de treinta años, sobre lo que hablaré después en su lugar.

Paso ahora á examinar la doctrina que se establece acerca del tiempo que ha de transcurrir para la prescripción, ya de las cosas muebles ó de las inmuebles, requiriéndose para aquellas tres años y para éstas diez. Por una parte parece que para la de las primeras debería exigirse mayor término que para las segundas, en razón á la mayor facilidad que hay en que sus dueños pierdan ó les sean robadas, y en que el que las halle ó robe las tenga ocultas. Sin embargo, es indudable que generalmente los bienes raíces son de un valor superior á las cosas muebles, y como por lo mismo se causa al dueño verdadero de los primeros un perjuicio mayor que al de las segundas con su privación, nada más justo que también se le tenga mayor consideración concediéndole más tregua para su reclamación. Además, el abandono de los primeros regularmente tiene lugar, no después que se han llegado á poseer, sino cuando ha-

biendo recaído por herencia, legado, donación ú otro título semejante, no se ha entrado en su posesion por ignorar su derecho; es decir, que apenas puede suponerse abandono de finca, si no es de esta manera; mas respecto de los muebles puede haberlo por causa de pérdida, y es lo que comunmente sucede. Por consiguiente, como en el primer caso es mas excusable ó hay menor falta en el desamparo de las propiedades que en el segundo, tambien debe dársele mayor ensanche para recobrarlas; pero de manera que si alguna vez ocurriere el caso de que el abandono de los muebles sea sin llegar á apoderarse de ellos, se requiere entonces para su prescripcion mas término. Así me parece bien el que para aquellos se fijen diez años y para éstos tres, con la distincion de que si éstos no han llegado á ser poseidos por el dueño, en tal caso sean cinco.

Pero se me preguntará acaso si respecto de las cosas muebles deberá concurrir en el prescribente justo título, así como respecto de los bienes raices. Se sabe que las transacciones comerciales giran generalmente acerca de cosas muebles, que son las que sirven comunmente para cubrir nuestras necesidades y satisfacer nuestros gustos, placeres y caprichos: es claro tambien que ellas convienen á la mayor parte de los hombres, y por consiguiente su enagenacion es frecuente, diaria, y muchas veces rápida de mano en mano en la sociedad. Por otra parte esta venta de objetos muebles se hace cuasi siempre verbalmente y sin que al comprador le quede mas título de propiedad que su mera posesion ó aprehension corporal. Por lo mismo, la presentacion de título ó mejor dicho su justificacion no solo no es posible ordinariamente al poseedor de cosas muebles, puesto que no lo

tiene, sino que tampoco es conveniente, porque embarazaria indudablemente la actividad necesaria al comercio. En consecuencia, yo estableceria la no necesidad del justo título para la prescripcion de ellas, ó lo que es lo mismo que la sola posesion sirviese de tal. No obstante, esto no es asentar que cualquiera, en el mero hecho de poseer una cosa mueble por tres años, sea sin mas dueño de ella: lo que quiero decir es que la ley debe presumir que el poseedor la adquirió legítimamente; pero si al mismo tiempo viniese el verdadero dueño alegando que él mismo la habia entregado por algun título precario, tal como en comodato, prenda ó depósito, ya entonces no deberia prescribirla por mas que la poseyese. Otro tanto debe suceder cuando uno roba la cosa: es claro que en estos casos hay mala fé en el poseedor y la ley nunca debe sancionarla.

Se supone que el término de los diez años prefijados precedentemente para la prescripcion de los bienes raices, se entiende en el caso en que el verdadero propietario estuviere domiciliado en pueblo no muy remoto á aquel en que se hallaren sitios, es decir, desde el cual pueda atenderlos y hacer valer sus derechos sobre ellos; porque si residiere á tal distancia desde donde se calcule que no puede ejercerlos cómodamente, como que entonces su negligencia no es tan grande, debe dársele tambien mayor término. Por lo mismo convengo en que el tiempo de ausencia de la provincia se reduzca á la mitad, segun se dispone, ó que si morase siempre fuera de ella, se requieran veinte años. Es á la verdad bien difícil determinar con precision la distancia mas allá, de la que se halla de suponer una dificultad para cuidar de sus fincas, y en cual puede haber facilidad; por eso toda

línea de demarcacion será muchas veces inexacta; pero en fin, conviene establecer alguna y la indicada parece señalarla el buen sentido.

La ley dispone que el sucesor en una cosa puede agregar el tiempo en que su antecesor la haya poseído al en que él mismo la posee; pero esto únicamente cuando aquel estuvo deteniéndola con buena fé y demás requisitos legales. Me parece que la circunstancia de exigirse para el sucesor la buena fé es recomendable, porque seguramente que de otra suerte vendríamos á parar en que se aprobaria un principio ilícito de adquisicion, si empezaba á poseer con mala fé. Digo que el prescribente habria principiado á poseer de mala fé, pues ninguno que no tenga el entendimiento desquiciado podrá sostener que el sucesor debe ser considerado en el idéntico lugar que el antecesor, ó que ellos dos deben ser tenidos como por una misma persona; y que pues éste poseyó de buena fé no debe tenerse cuenta de aquel. ¿No es una verdad evidente que ellos dos son distintas personas? Luego no se puede menos de tener en consideracion la manera de poseer por ambos; y como el principio proclamado es de que para prescribir se adquiera la cosa de buena fé, faltando ésta en el sucesor, falta la causa que legitima la prescripcion. El razonamiento de ficciones en que la máxima contraria se fundaba entre los antiguos romanos, era sin duda muy divertido; pero una buena legislacion no debe dudar en desterrarlas cediendo el lugar á realidades. Por esta misma razon el sucesor que adquiere de buena fé la cosa y la posee por todo el transcurso legal, debe al parecer prescribirla; ¿pues por qué le ha de perjudicar á él la mala fé del antecesor? ¿Podrá castigar la ley una falta agena? Esta disposicion no se halla espresada en el derecho, y convendria en mi concepto adoptarla.

Me parece perfectamente que la ley haga esta graduacion de exigir para unos casos mayor término que para otros, porque es indudable que en algunos puede haber mas negligencia que en otros respecto del verdadero dueño; igualmente que el disponer que la larga y pacífica posesion de treinta años, se repunte por suficiente para asegurar al poseedor la propiedad de la cosa, de cualquiera categoría que sea ésta y el propietario primitivo.

Así pudieran colocarse en esta lista:

1. ° Las fincas enagenadas por un poseedor precario, tal como el arrendatario ó depositario, y adquiridas por un tercero con buena fé y título traslativo de propiedad; salvo no obstante su recurso al verdadero dueño contra el que enagenó:
2. ° Las de los prisioneros en países extranjeros:
3. ° Las de pueblos, hospitales y otras comunidades enagenadas sin la debida autorizacion ó formalidad:
4. ° Las de los menores de edad, locos y mugeres casadas, enagenadas por los tutores y maridos sin las formalidades y formas exigidas por la ley. Sin embargo, si éstos dejasen de reclamarlas en el término de los diez años requeridos, generalmente desde la mayoridad, recobramiento de juicio ó disolucion del matrimonio, quedarán tambien prescriptas aun cuando el poseedor no haya completado los treinta.
5. ° Aquellas respecto de las cuales el poseedor no pudiese presentar justo título de adquisicion. Es decir, que la posesion de treinta años da á favor del poseedor una presuncion *juris*, la cual hace recaer en el reclamante la obligacion de probar la adquisicion ilícita ó la hecha en virtud de título precario tenido direc-

tamente de él, y son los casos en que no se pueden prescribir por cualquier tiempo que se posean. La razon del primero se haya enunciada atrás; la del segundo se funda en que un prisionero se halla en la imposibilidad de atender á sus cosas, y por lo mismo la negligencia que da causa á la prescripcion no tiene lugar; mas es preciso fijar algun término para asegurar despues de él al poseedor; y el señalado parece suficiente. La razon del tercero y cuarto caso consiste en la utilidad de prestar mayor favor á los menores, locos y mugeres casadas á causa de su mayor debilidad. Es claro que un mismo mal causado á los primeros, hace mas daño que á los que no lo sean, así como el dar un golpe á un enfermo que apenas puede sostenerse, es mas grave que otro igual dado á un hombre robusto; por consiguiente, la ley que haga recaer el golpe sobre éste, el cual apenas lo sentirá, se dirige á disminuir en general un mal. Se vé que no comprendo en el catálogo de la prescripcion treintenaria las cosas de los hijos de familia y las de los menores, locos y mugeres, cuando han sido enagenadas con arreglo á la ley, por lo que se colige que en tal caso se adquieren ellas por título legítimo de compra sin que haya necesidad de prescripcion. En efecto, yo no veo razon para lo contrario: ó se cree que la enagenacion de aquellas por los dichos tutores, padres y maridos, puede producir algunas utilidades ó no. En el primer caso, ¿por qué no aprobarlas? ¿Por qué impedir las con esta inseguridad en que se constituyen los compradores? En el segundo, ¿por qué no prohibirlas totalmente? Pero tales enagenaciones pueden ser á veces utilísimas: enhorabuena, pues, que se las obligue á ciertas solemnidades por el favor especial que se merecen estas perso-

nas; mas una vez que ellas se hallan llenado completamente, el sujetar su adquisicion irrevocable á la larga posesion de treinta años, seria lo mismo que establecer que nadie compre cosas enagenadas de semejante manera.

PRESCRIPCION DE ACCIONES Y SERVIDUMBRES.

La accion ejecutiva se prescribe por diez años; la accion ordinaria procedente de obligacion personal, se estingue por veinte, y la accion real ó hipotecaria por treinta. Esta doctrina no hace distincion entre las diversas acciones ejecutivas, personales y reales que pueda haber, pues á cada clase señala un término fijo. No obstante, es claro que un acreedor, en virtud de cualquiera de dichas obligaciones, puede cometer mayor falta que otro que lo sea de la misma clase, aunque por distinto título, y que por lo tanto, á causa de la mayor culpabilidad deba perder su derecho antes que el otro, segun el fundamento de las prescripciones. Pero hay tambien otra razon contra nuestras disposiciones: la ley debe acercarse sin duda cuanto sea posible á lo que generalmente tiene lugar, y sucediendo que cierta clase de deudas se acostumbran pagar en la sociedad por lo ordinario con mayor puntualidad que otras, debe suponerse que transcurriendo tal tiempo sin pedir las, se hallan satisfechas.

Los jornales de los obreros y artesanos por ejemplo, se pagan comunmente en todas partes con exactitud, porque los mas de ellos son gente sin capital, para dar mucha tregua al que les emplea, y no trabajan si no es á condicion de que se les pague luego que concluyan su trabajo. ¿Cómo podrá presumirse que des-

pues de algun tiempo estén todavía sin pagarse? Así que en mi concepto ésta debe ser la regla de la presente materia: con cuanta mayor puntualidad se acostumbren pagar generalmente las deudas, tan tomas breve término debe establecerse para declararlas por prescriptas si el acreedor no reclama en el intermedio su satisfaccion. La ley francesa me parece en esta parte digna de ser seguida, y creo que está fundada en el principio que acabo de enunciar. Prescribe por seis meses la accion de los maestros por razon de las lecciones que dan por meses, la de los posaderos y figoneros por el hospedage y cosas suministradas, y la de los obreros por sus jornales: por un año la de los médicos, cirujanos y boticarios por sus visitas y medicamentos, las de los uxieres por sus derechos, las de los mercaderes por lo que venden á otros que no lo sean, la de los maestros de casa de educacion y otros por el precio de la enseñanza ó aprendizaje, y la de los criados que se ajustan por años: por dos las de los abogados por sus honorarios: y finalmente, por cinco los atrasos de intereses de capitales, rentas, censos, y todo lo que se paga por años ó plazos mas cortos.

Por lo demás, yo no comprendo para qué es buena esta distincion de que la accion personal se prescriba por el no uso de veinte años, y la real é hipotecaria por el de treinta. Ya he dicho antes que para la prescripcion debe mirarse sobre todo á las circunstancias del que posee la cosa, y no á si el primitivo dueño tiene tal ó cual derecho en ella; esto importa poco, pues que el que lo tiene asegurado mas fuertemente que otro, bien puede ser tanto ó mas negligente que éste, y hacerse tanto ó mas acreedor á su pérdida. Por consiguiente, si el poseedor adquirió la cosa con justo título y buena fé, la ganará por

el tiempo ordinario de diez años; y si concurre alguna de las circunstancias extraordinarias de que he hablado, por el de treinta.

Los gravámenes de censos, servidumbres y otras cualesquiera imposiciones ó cargas que tengan las fincas, deberian tambien prescribirse por treinta años, pues quien hace uso de su derecho en una época tan dilatada, no es seguramente digno de que la ley lo proteja, á mas de que resulta de su silencio una presuncion *juris et de jure*, ó de que nunca le ha pertenecido, ó á lo menos de que lo ha renunciado. Se entiende que comprendo en esta regla los mismos capitales con los que se hayan gravadas las fincas, pues para los intereses ó réditos vencidos, ya he establecido como suficiente el periodo de cinco años. Ni por otra parte envuelve contradiccion de principios esta doctrina, en cuanto á que de esta manera se pierden los réditos que aun están por vencer, respecto de los cuales no obstante no hay abandono por parte del que tiene derecho á su prescripcion, porque lo que aquí se prescribe es el capital, lo cual se concibe perfectamente, y es claro que perdido éste se pierde el derecho á sus intereses. Esto es idéntico á lo que sucede respecto de una finca cualquiera: por ejemplo, Juan dueño de una casa que arrendada le producía quinientos pesos anuales, la pierde por el abandono de mas de diez años, la cual por consiguiente prescribe Pedro. ¿No podría tambien decir aquel que no se le debian quitar los quinientos pesos anuales que aun están por vencer, puesto que respecto de ellos no ha tenido negligencia? La identidad es sin duda palpable á poco que se reflexione, y debe establecerse una igual doctrina por concurrir la misma razon.

Sin embargo, nuestros comentadores no

establecieron semejante principio respecto del segundo caso, y si lo hicieron en el primero por las erradas ideas que tenían en cuanto á capitales, numeracion y sus réditos. No veían que un capital consistente en dinero es lo mismo que otro capital consistente en una casa, puesto que siempre son un valor, ni el que un rédito ó interés sea inseparable del capital que lo produce, y que por lo mismo éste lleva consigo la calidad de productivo ¿cómo no ha de prescribirse pues el mismo capital, si se ha hecho un abandono completo de él por el largo trascurso de treinta años?

Sigo con la doctrina de prescripciones en materia de servidumbres. Se nos dice que para ganar la libertad de una carga que pesa sobre la finca urbana de alguno, es preciso que éste ponga algun impedimento al ejercicio del otro, el cual desde entonces no haga uso por espacio de diez años; y respecto de las servidumbres rústicas se exige el no uso por tiempo immemorial si ellas son continuas, y el de veinte años si no lo son. Todo esto me parece digno de reforma. Lo primero, la necesidad de oponer impedimento al ejercicio del dueño de la servidumbre; porque si se da lugar á esto el deudor por librarse de la carga, resistirá continuamente el libre uso de ella, para lo cual deberá valerse de la fuerza material; y el otro por su parte también querria ejercitar su derecho: he aquí fomentada la guerra civil. Pero supongamos que el derecho habiente cediese al primer impedimento y que el debate no tuviese lugar ¿podia por ventura la ley proteger y sancionar el acto de maldad del uno y castigar la prudencia del otro? Lo segundo, el término de diez años que se fijan es bastante corto. Lo tercero, esta diversidad de épocas respecto de la servi-

dumbre rústica, continua y discontinua; porque parece que siendo el fundamento de las prescripciones el no uso, ó mas bien el abandono que se hace de los derechos que pertenecen á uno, puede haberlo tanto en las primeras como en las segundas; por consiguiente, el tiempo en las prescripciones debe empezar á correr desde este momento. Sin embargo, si se quisiera hacer alguna distincion de término entre las servidumbres continuas y discontinuas, yo lo estableceria mas largo para éstas que para aquellas, al revés de lo establecido; porque la dificultad que puede haber aquí está en fijar el momento desde el en que se ha dejado de hacer uso del derecho, y seguramente que esto es mas difícil respecto de actos que no se ejercen diariamente, sino tal vez de tarde en tarde.

En vista de esto podria fijarse el término de veinte años para prescribir toda clase de servidumbre continua, sean rústicas ó urbanas, y el de treinta respecto de las discontinuas. Se sabe que toda servidumbre es una carga perjudicial á la finca ó al dueño de la finca que la sufre, por lo mismo que limita los derechos de éste y aumenta los del que la disfruta; es claro también que siempre que se pueda restituir al primero en su plena libertad sin perjudicar al segundo, será un beneficio comun, puesto que hay un aumento de bien á la sociedad. El abandono, pues, que hace el acreedor ó dueño de la servidumbre por un periodo tan largo como el de veinte ó treinta años, respectivamente segun sea ella continua ó discontinua, indica que le presta poca utilidad ó comodidad, supuesto que todos son cuidadosos para aumentarlas á sus edificios y darles por ella mas aprecio; pero una que se supone negligencia en su conservacion, la ley debe interve-

nir en estos casos y declararse mas indulgente en favor del deudor que del acreedor.

Para prescribir la servidumbre en nuestro favor y sobre la finca de otro se exige buena fé, título y posesion de diez años si fuese continua, y de tiempo inmemorial no siéndolo. Pero es menester recordar que en esta materia así como en la prescripcion de acciones, el requisito de la buena fé es contra su naturaleza. Su fundamento, pues, no consiste en la utilidad que presta la servidumbre de los dominios, así como respecto de la prescripcion de las fincas, si solo en la presuncion de que, supuesto que el dueño no trata de impedir los actos del prescribente en un largo número de años, ellos no le perjudican en manera alguna. Entonces es cuando interviene la ley, y justamente porque si la servidumbre no es perjudicial al dueño, debe sancionarla respecto del adquirente, supuesto que en ella tiene utilidad. Que este ningun perjuicio respecto del uno y utilidad del otro, pueden tener lugar en las servidumbres sea que el prescribente ejercite los actos constitutivos sabiendo ó no que obra con derecho, está sin duda á la vista de cualquiera, y por lo mismo la buena fé no debe considerarse como requisito para prescribir servidumbres. Otro tanto puede decirse acerca del título, no porque no se le considere útil para establecer la servidumbre, sino porque aquí se trata únicamente de como se ha de prescribir por la mera posesion. Si pues el prescribente tiene título de pertenencia de la servidumbre concedida por el dueño de la finca, la gozará en virtud de él sin que haya necesidad de trascurso de tiempo alguno; por consiguiente, la prescripcion no puede por entonces tener lugar; pero si se admite ésta, tam-

bien es de suponer el hecho de que falta título para la posesion, porque no puede existir éste, sin que dé un derecho perfecto para el uso de aquella, y es claro que él no puede provenir de un tercero, no solo porque éste no puede tener interés alguno en ostentar conceder derechos sobre bienes ajenos, sino tambien porque está á la vista de cualquiera que nadie puede imponer servidumbre, si no es el mismo dueño de la finca; por tanto el título en que se establezca solo puede dimanar de ésta, y donde hay concesion de él es inútil la prescripcion. Así considero como requisito único necesario para que ésta pueda tener lugar, la posesion pacífica por el tiempo que designa la ley.

Pero supuesto que la prescripcion de la servidumbre se funda en la presuncion de que este gravámen no perjudica á la finca sobre que pesa, y por lo mismo en un consentimiento tácito del dueño, no deberá ella tener lugar en los casos en que éste no pueda presumirse. Será preciso, pues, que la servidumbre esté á la vista del propietario, de modo que la palpe, y además que los actos que tiendan á constituirla se ejerzan diariamente, ó á lo menos con poca interrupcion; si de esta manera continúa un tiempo largo como el de veinte ó treinta años, entonces se puede decir que aquel consiente en la carga, y que consiente porque no le resulta perjuicio, y la ley puede aprobarla. Sin embargo, aun esto no puede ser tan absoluto que una vez adquirida la servidumbre en esta forma, sea obligado el dueño de la finca gravada á conservarla, de manera que no pueda hacer las variaciones que quiera, aunque por esto se impida el ejercicio de la servidumbre. Así supongamos que por una heredad mia se ha abierto un sendero, cuyo paso han ad-

quirido los dueños ó arrendatarios de los fundos vecinos por el trascurso de treinta años, no habiéndome opuesto en ese tiempo á él porque no recibia ningun daño, bueno es que se me obligue á consentir en adelante ese tránsito. Mas supongamos que trato de reducir á huerta, casa ó fábrica, ó de cerrar con tapias la dicha heredad, deberá cesar desde el momento la servidumbre ya constituida en ella: 1.º Porque la prescripcion se funda en la presuncion de ningun perjuicio de parte del dueño de la finca gravada, y aquí se vé que conservando la servidumbre no puedo yo hacer en mi fundo lo que libremente quiero, y por lo mismo los graves daños que reportaria: 2.º Porque á no ser esto así, el temor de imponer esta carga perpetua me haria impedir á los vecinos el que pasasen por mi fundo; porque puedo prever que alguna vez tendré necesidad de hacer obras á las que perjudique el tránsito espresado. En tal caso los vecinos serán privados de la utilidad ó comodidad que les prestaria éste, siendo así que yo se los concederia mientras la heredad permaneciese en su forma primitiva, y por lo tanto la medida produciria un mal. Se puede poner otro ejemplo que aclare mas esta verdad. Supongamos que yo tengo una casa de veinte varas de elevacion, y que Juan tiene otra contigua ó unida á la mia de la altura de cuarenta, en cuya pared y sobre mi azotea ha abierto una ventana para darle mas luz. Como esto no me perjudica mientras el derecho de Juan no se estienda á impedirme el elevar mi edificio hasta donde quiera, lo dejaré que disfrute de la vista y luz que le proporciona la ventana, puesto que á mí no me resulta mal alguno; pero si la ley me obliga á reconocer esta servidumbre perpetuamente y por lo mismo á no levantar mi edificio

¿no es claro que impediré á aquel la abertura de la ventana? Ciertó que sí: luego no tiene duda que la constitucion de la servidumbre, de manera que no haya de cesar aun cuando se perjudique á la nueva forma que se dé á la finca gravada, se dirige á impedir los beneficios que pudieran resultar del uso mientras ella permaneciese en una misma.

CAUSAS QUE INTERRUMPEN Y SUSPENDEN LA PPESCRIPCION.

Los modos por los que puede interrumpirse la prescripcion, consisten: 1.º En la pérdida de la posesion de la cosa: 2.º En la citacion judicial que se haga al poseedor reclamándole la cosa: 3.º En el reconocimiento de la deuda que haga el deudor sea espresa, sea tácitamente v. gr. renovando la escritura, pagando parte de la deuda ó sus intereses: 4.º En la peticion que el acreedor haga al deudor delante de algunas personas. Todo esto se halla á mi parecer bien establecido. Respecto de lo primero puede decirse que uno de los fundamentos de la prescripcion consiste en la utilidad de favorecer al poseedor mas bien que al dueño, medianamente á que con la privacion se le causaria á aquel una pena grande de esperanza fallida, esperanza tanto mas fundada, cuanto que ha tenido una larga posesion; pero como debe suponerse que con haberla perdido por mas de un año se habia debilitado ella, nada mas natural que el exigir nuevamente la posesion hasta conseguirla. La interrupcion por los otros modos se puede tambien fundar en que respecto de ellos falta igualmente la razon constitutiva de las prescripciones, á saber; el abandono que hace el propietario de sus derechos, porque es claro que éste en el segundo y cuarto caso lejos de abandonarlos los reclama; y en el tercero apa-

rece igualmente alguna diligencia de parte del acreedor, ó al menos no aparece negligencia. Además, es evidente que el acreedor á quien se han hecho actos de reconocimiento sufriria realmente un mal, puesto que ha estado conociendo su derecho, y que el deudor que los verifica no sufre pena alguna de esperanza fallida con declararle obligado. No me detengo mas en esta materia y escuso tambien hablar sobre lo demás que contiene el título, por haber ya manifestado anteriormente mi opinion.

TITULO 3.º

De la adquisicion de ciertos derechos sobre cosas ajenas, llamados servidumbres.

CAPÍTULO I.

NOCIONES GENERALES SOBRE LA MATERIA.

1. Qué sea servidumbre y quiénes pueden constituirla.
2. Sus divisiones.
3. El que tiene con otros la propiedad indivisa de una heredad, no puede sugetar por sí á servidumbre ninguna parte de ella.
4. El derecho de servidumbre comprende los demás derechos necesarios para que ésta tenga lugar.
5. Este derecho debe arreglarse por los términos ó pactos de su constitucion.
6. La persona á cuyo favor está constituida la servidumbre, no es responsable del daño que intervengan sin su culpa al predio sirviente.
7. Modo de constituirse las servidumbres.
8. Cuando se empieza á contar el tiempo para la prescripcion.
9. Modo de éstinguirse.
10. Otra division de servidumbre.

1. Se entiende por servidumbre un derecho adquirido en bienes ajenos inmuebles, para recibir de éstos algun servicio ó utilidad. Tiene facultad para constituir servidumbre cualquiera que sea propietario de una cosa, y cuya administracion no le está prohibida por interdiccion judicial. Tambien pueden constituir servidumbre los que solo tienen el dominio útil por todo el tiempo en que éste dura, como el enfiteuta. Las servidumbres por su naturaleza son indivisibles (1).

2. Las servidumbres se dividen en naturales, legales y convencionales. Las

naturales, llamadas tambien necesarias, son aquellas que dimanen de la situacion respectiva de propiedades ó fincas que están contiguas unas á otras. Las legales son aquellas que por la ley se hallan establecidas; y convencionales son las que dimanen de un convenio formal, ó de una posesion suficiente para presumir que la hubo, ó de otro hecho de que se infiera la servidumbre. Pueden ser tambien continuas ó interrumpidas. Las primeras son aquellas cuyo uso es diario, y las segundas las que solo se usan de tiempo en tiempo. Hay además otras varias clases de servidumbres que se explicarán mas adelante.

(1) Ley 9, út. 31, part. 3.

3. El que tiene con otros la propiedad indivisa de una heredad, no puede sujetar á servidumbre ninguna parte de ella sin el consentimiento de todos los demás. Tampoco puede sin el mismo consentimiento libertar de servidumbre al predio ó heredad sujeta á ella en favor de la heredad comun.

4. El derecho de servidumbre comprende todos los demás derechos necesarios para poder usar de ella. Así la servidumbre de sacar agua de una fuente ó pozo, comprende el derecho de entrar y pasar por una heredad donde estuviere el pozo ó la fuente.

5. Este derecho, el modo y tiempos en que puede hacerse uso de él, deben arreglarse por los términos ó pactos de su constitucion, debiendo siempre interpretarse con restriccion, limitándose á lo meramente preciso para que puedan usar de ella las personas á quienes fuere debida, á menos que otra cosa se hubiese establecido en los títulos de su constitucion.

6. La persona á cuyo favor está constituida la servidumbre no es responsable del daño, que por una consecuencia ó efecto natural de ella pueda sobrevenir al edificio ó heredad sirviente; pero lo será cuando el daño provenga de alguna mudanza ó alteracion que haya hecho en las cosas afectas á la servidumbre contra lo establecido en la constitucion de ésta.

7. Las servidumbres se constituyen de tres maneras: 1.º por convencion: 2.º por disposicion testamentaria: y 3.º por el uso de prescripcion (1). El uso de la servidumbre que se trata de prescribir, ha de ser continuo, con buena fé, y no por fuerza ni por ruego ó favor; y con

ciencia del dueño del predio sirviente, lo cual sirve de justo título y de tradicion: bien que si el prescribente apoyase su uso en título justo, bastará su buena fé con el trascurso del tiempo legal, sin necesidad de la ciencia del dueño. En cuanto al tiempo conviene saber, que hay diferencia entre las continuas y las interrumpidas ó descontinuas, prescribiéndose aquellas por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y éstas por tiempo inmemorial (1).

8. El tiempo para prescribir se empieza á contar desde que comienza el uso de la servidumbre, si ésta fuese afirmativa; por ejemplo, el derecho de apoyar una viga en la pared agena, y desde que el prescribente prohíbe al otro usar de la libertad que crea tener en las servidumbres negativas: v. gr., la de prohibir al vecino que levante mas su casa.

9. Tres son tambien los modos de extinguirse las servidumbres: 1.º Por la confusion de los dominios, esto es, por pasar el predio dominante al dueño del sirviente ó al contrario; de suerte que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se renueva la servidumbre por este mero hecho (2): 2.º Por remision ó donacion que hace el dueño del campo á quien se debe la servidumbre (3), bastando que esta remision sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al que sufre el gravámen, hacer alguna cosa por la cual se impida su uso (4): 3.º Por el no uso de veinte años, sin diferencia entre presentes y ausentes, con respecto á las servidumbres rústicas discontinuas, y de tiempo inmemorial las continuas, y de modo que aunque éstas necesitan menos tiempo para adquirirse, su-

(1) Ley 14, út. 31, part. 3.
Tom. I.

(1) Ley 15, de dicho tít. 31.

(2) Ley 17, tít. 31, citado.

(3) La misma ley 17.

(4) Ley 19 del tít. citado.

cede lo contrario para perderse (1). Las urbanas se pierden por el no uso de diez años entre presentes, y de veinte entre ausentes (2). Si uno de los dueños de un predio comun usase de la servidumbre inherente á este predio, se conserva el derecho aun para los otros condueños que no hicieron uso de ella; y en el caso que dividiesen entre sí el predio, solo perderá el derecho de servidumbre aquel que no usó de ella despues de la division (3): 4.º Por cumplirse el tiempo, ó verificarse la condicion por la cual se estableció la servidumbre.

10. Hemos dicho en el número 1 de este capítulo, que en virtud del derecho de servidumbre se recibe algun servicio ó utilidad de alguna cosa agena. Esta utilidad ó servicio puede reportarse ya sufriendo el gravámen una finca para inmediato beneficio de otra, ya prestando aquella el servicio no en utilidad inmediata de otra finca, sino de la persona á cuyo favor se hubiese constituido este derecho. Las primeras se llaman reales, y las segundas personales: de unas y otras trataremos en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO II.

De las servidumbres reales.

1. Las servidumbres reales son rústicas y urbanas.
2. Clases de servidumbres rústicas.
3. Derechos que tienen estas servidumbres.
4. La servidumbre de conduccion de agua puede ser natural ó convencional.
5. Algunos casos de esta servidumbre.
6. Servidumbres urbanas.
- 7 y 8. Clases de esta servidumbre.

1. Las servidumbres reales pueden ser rústicas ó urbanas (4): rústica es el gravámen que sufre una heredad en beneficio de otra; urbana es la que está constituida en la utilidad de los edificios que sirven para habitacion.

2. Las servidumbres rústicas pueden ser tantas cuantos gravámenes quieran sufrir los dueños en sus heredades; pero las mas conocidas son las siguientes (5): 1.º El derecho de *senda* ó el de pasar por la heredad agena para ir á la propia: 2.º El derecho de *camino* ó el de pasar por la heredad agena con carretas ó bestias

cargadas: 3.º El derecho de *acarreo*, ó el de acarrear por la heredad agena cuanto se ne cesite para beneficiar la propia: 4.º El derecho de *conduccion de aguas* por la heredad agena (1): 5.º El derecho de sacar agua de pozo ó fuente agena para sí, sus labradores, y bestias de labor ó ganados (2): 6.º El derecho de apacentar las bestias de labor en prado ó dehesa de otro (3): 7.º El derecho de sacar cal, arena, piedras ú otro material que se encuentre en la heredad agena para labrar en la propia (4).

3. El que tiene á su favor la servidumbre de *senda* podrá pasar por la he-

(1) Ley 16, tit. 31, part. 3.

(2) Dicha ley 16.

(3) Ley 18, del mismo tit.

(4) Leyes 1 y 2, tit. 31, p. 3.

(5) Ley 3, tit. 31, p. 3.

(1) Ley 4, tit. 31.

(2) Ley 6, de dicho tit.

(3) Dicha ley 6.

(4) Ley 7, de dicho tit.

redad agena á la suya, ó salir de ella, solo ó acompañado, á pié ó á caballo, siempre que vaya uno en pos de otro; pero no podrá entrar con carro, ni llevar á mano bestia cargada. El derecho de camino da facultad al que le tiene para pasar por la heredad agena á la suya con carro ó bestias cargados; y el que tiene á su favor el derecho de *acarreo* no solo podrá pasar por la heredad agena á la suya con carro ó bestias cargados, sino tambien llevar madera ó piedras arrastrando, y lo demás que necesitare para beneficiar su heredad. Si no se hubiese pactado la amplitud del camino para el acarreo, la ley concede ocho piés en terreno recto y diez y seis en torcido (1).

4. La servidumbre de conduccion de agua puede ser natural ó convencional. Es natural ó necesaria la del agua que corre de un predio superior á otro inferior, en cuyo caso el dueño de éste está obligado en consecuencia de esta servidumbre á dejar correr por su heredad las aguas, la tierra ó piedras que aquellas arrastren naturalmente en su corriente, y no puede construir dique, presa ú otra obra que impida ó embarace el uso de la servidumbre. El dueño del predio superior tampoco puede hacer la servidumbre mas gravosa para el dueño del inferior, ni disminuir ó privar á éste del uso de las aguas corrientes (2). El dueño de una heredad dentro la cual hubiese fuente ó pozo, en el que tenga alguno la servidumbre de sacar agua, no puede permitir á otro que se aproveche de ella á menos que por ser muy abundante bastase para ambos (3).

5. Si el agua que corre naturalmente por terreno ó heredad perteneciente á

muchos, se estancase en la de alguno de ellos con perjuicio de algun vecino, podrá éste obligarle á que limpie y ponga espedito el sitio por donde antes corria, ó á que le permita á él hacerlo; y si el agua se estancase en acequia perteneciente á muchos dueños, debe cada uno limpiar la parte fronteriza de su heredad. Cualquiera que por un título legal tiene á su favor la servidumbre de conducir agua por tierras ajenas para algun molino ó para riego de alguna heredad suya, estará obligado á conservar á sus espensas el cauce, canal ó acequia, siempre en el mismo estado, y de modo que el agua no cause el menor perjuicio á los dueños de las heredades por donde pasa (1).

6. Las servidumbres urbanas tienen por objeto la construccion ó edificacion; el agua, la luz y las vistas. A las servidumbres que tienen por objeto la construccion corresponden: 1.º El derecho de apoyar un edificio sobre la pared del vecino: 2.º El derecho de meter vigas en la pared del vecino, con el fin de que apoyen ó descansen en ella: 3.º El derecho de prolongar el tejado ó sacar parte del edificio sobre el área del vecino; pero sin que descansen en ella con el objeto de evitar las intemperies, ó cualesquiera otro de utilidad ó recreo: 4.º El derecho de prohibir al vecino que dé á su edificio mayor altura: 5.º El derecho de levantar mas su edificio (2), con tal que no lo prohiban los reglamentos de policía ó las ordenanzas municipales.

7. A las servidumbres que tienen por objeto el agua, corresponde: 1.º El derecho de que las goteras ó agua llovediza recogida en canales, caiga sobre la finca propia: 2.º El derecho de tener abierto

(1) Ley 3, tit. 31, part. 3.

(2) Dicha ley 4.

(3) Ley 7, de dicho tit.

(1) Ley 4 de dicho tit.

(2) Ley 2, tit. 31, part. 3.

un agujero en la parte inferior de la pared del vecino, para recibir y dar salida á las aguas llovedizas.

8. A las servidumbres de la tercera clase, corresponde: 1.º El derecho de abrir ventanas en la pared comun ó del vecino: 2.º El derecho de impedir que el vecino cuando construya alguna obra, cierre ó tape la ventana que mira á su

área ó terreno: 3.º El derecho de prohibir al vecino que haga, plante ó construya algun edificio que intercepte las vistas de que disfruta la finca (1). En los casos que ocurran sobre esta clase de servidumbres urbanas, ténganse presentes los usos, costumbres y ordenanzas municipales de cada pueblo.

CAPÍTULO III.

De las servidumbres personales.

1. Son usufructo, uso y habitacion.
2. Modos como puede constituirse el usufructo.
3. Derechos del usufructuario.
4. ¿A quién pertenecen los frutos naturales ó industriales que están pendientes de los árboles?
5. Usufructo en cosas fungibles.
- 6 y 7. Derechos del usufructuario de un monte ó de otras cosas.
8. El propietario no puede perjudicar los derechos del usufructuario.
9. Puede reclamar las desmejoras del usufructuario.
10. Obligaciones del usufructuario.
11. Debe prestar la correspondiente fianza.
12. El usufructuario está obligado á hacer los reparos menores, pero no los mayores.
13. El usufructuario y propietario son responsables de los daños que se originen por no haber hecho los reparos cuando debian.
14. El usufructuario está obligado á pagar las cargas anuales de la finca.
15. Los gastos y condenas de pleitos sobre usufructo, son de cuenta del usufructuario.
16. No es válida la renuncia del usufructo en fraude de los acreedores.
17. No puede el usufructuario imponer servidumbre en la cosa dada en usufructo.
18. Modos de acabarse el usufructo.
19. Del uso.
20. Derechos del usuario.
21. Derechos del usuario de distintas especies de animales.
22. ¿Cuándo estará el usuario sujeto al pago de contribuciones?
23. Derecho de habitacion.

1. Tambien son gravámenes que disminuyen ó coartan el derecho de propiedad el usufructo, el uso y la habitacion, que se conocen en el derecho con el nombre de servidumbres personales (1). Usufructo es el derecho de disfrutar de una cosa agena, sin perjuicio de su propiedad

y sustancia. Se puede constituir sobre todo lo que es capaz de dar fruto ú otra utilidad, ya sea una cosa sola, ya un conjunto de bienes. Cuando la cosa que se disfruta es de aquellas que se consumen con el uso, como aceite, vino &c., es un usufructo impropio, y se le da el nombre de cuasi-usufructo.

(1) Leyes 20 y 27, del tit. 31, part. 3.

(1) Ley 2, tit. 31, part. 3.

2. Puede constituirse el usufructo de dos modos: 1.º Por la voluntad del hombre simplemente, ó bajo cualesquiera condiciones razonables que el propietario quiera imponer, ya sea por contrato ó por disposicion testamentaria: 2.º Por ministerio de la ley en los casos en que el usufructo es consecuencia de un derecho anteriormente reconocido; como el que adquiere el padre en los bienes adventicios del hijo que está bajo la patria potestad, y el que tiene el consorte viudo que pasa á segundas nupcias en los bienes reservables á los hijos del anterior matrimonio (1).

3. El usufructuario tiene el derecho de prescribir y apropiarse de todos los frutos que constituyen la renta ordinaria de la cosa usufructuada, esto es, los naturales, los industriales y civiles. De consiguiente puede venderlos, donarlos por cualquier título (2); pero no puede enagenar el mismo derecho de usufructo porque es personal. Tambien pertenecen al usufructuario los frutos de lo que por accesion se une á la cosa usufructuada; las servidumbres que se deban á ésta; las crias de los animales, las minas y canteras que están ya beneficiándose al tiempo de constituirse el usufructo; pero no si faltare este requisito.

4. Los frutos naturales é industriales que están pendientes de los árboles, pertenecen al usufructuario desde el momento en que empieza á gozar del usufructo, y al propietario luego que éste se extingue, sin hacerse mutuamente abono alguno por labores, semillas ú otros gastos de cultivo. Entendiéndose percibidos y no pendientes los frutos para los efectos expresados, desde que por obra del hom-

bre se separen de hecho de la cosa que los produjo, aunque no estén recogidos; pero si la separacion se hubiere hecho por casualidad, no se consideran percibidos hasta que se recojan. Los frutos civiles corresponden al usufructuario todo el tiempo que dure el usufructo, y son debidos á cualquier instante de este tiempo. Esta doctrina se aplica á los alquileres de casas, arrendamientos y cualquiera otros frutos civiles.

5. Cuando el usufructo recae sobre cosas de que nó puede hacerse uso sin consumirlas, es decir, sobre cosas fungibles, como el dinero, granos ó líquidos, el usufructuario tiene el derecho de disfrutarlas; pero con la obligacion de devolver al otro al fin del usufructo igual cantidad, calidad y valor, ó su estimacion. Si se constituye sobre cosas que sin consumirse de pronto se deterioran poco á poco con el uso, como lienzo, vestidos, ó muebles de una casa, el usufructuario tiene el derecho de servirse de estas cosas para el uso á que están destinadas, y solo está obligado á devolverlas en el estado en que se hallen al fin del usufructo, con tal que el deterioro no proceda de dolo ó culpa suya, pues en tal caso habrá de indemnizar al propietario.

6. El usufructuario de un monte ó bosque, tiene derecho de hacer cortar el ramaje de los árboles, arreglándose al uso constante de los propietarios; pero no puede cortar aquellos por el pié, so pena de pagar al propietario el valor que tuvierén. Cuando para hacer algunos reparos ú obras en la propiedad, sea necesario cortar alguno ó algunos de los árboles, podrá hacerlo el usufructuario, debiendo en este caso acreditar dicha necesidad para satisfaccion del propietario. Tambien podrá el usufructuario emplear para los reparos que tenga obligacion de

(1) Leyes 15, tit. 17, 5; 2, tit. 31, p. 3 y 7, tit. 14, lib. 10, N. R.

(2) Leyes 20 y 24, tit. 31, p. 8.

hacer en la propiedad, los árboles caídos ó arrancados casualmente, pero tambien con la condicion de hacer constar al propietario la necesidad. Puede así mismo percibir cualesquiera productos anuales ó periódicos de los árboles, segun el uso del pais ó la costumbre de los propietarios. Pertenecen tambien á los usufructuarios los árboles frutales que perecen, ó cualquiera otro arrancado ó caído por algun accidente, bajo la obligacion de reemplazarlos con otros.

7. El usufructuario de un estanque de pesca puede pescar sus peces, dejando al fin del usufructo el mismo número de ellos que tenia cuando éste empezó. Esta disposicion es aplicable á los palomares, conejeras y otras cosas semejantes. Las crías de un hato de ganado ó de una yeguada que se tiene en usufructo, pertenecen al usufructuario con la obligacion de reponer con éstas las cabezas que falten del hato ó yeguada; y si no lo hiciere así, habrá de pagar el valor de ellas cuando se acabe el usufructo. Si no hubiere crías, cumplirá el usufructuario con devolver el hato ó yeguada en el estado que tuviere al fin del usufructo. El usufructuario de un archivo ó protocolo, tiene derecho á los emolumentos que éste rinda durante el usufructo. El laudemio de la cosa enfitéutica cuando ésta se vende pertenece al usufructuario.

8. El propietario no puede de modo alguno perjudicar ó poner trabas á los derechos del usufructuario, ni impedirle que adorne ó mejore la cosa que usufructúa, con tal que estas obras no alteren la esencia de la cosa usufructuada, ó el uso para que está destinada. El usufructuario tiene derecho á reclamar del propietario el costo de las obras y reparos que éste deberia hacer, y que son nece-

sarias para la conservacion de la cosa usufructuada. Tambien puede exigir del propietario el importe de las obras útiles á éste, á menos que al constituirse el usufructo hubiere renunciado el derecho de indemnizacion. Pero no tendrá derecho alguno á reclamar el costo de las obras ó cosas de mero adorno, que haya hecho ó introducido en la cosa usufructuada; bien que podria llevarse dichos adornos, con la precisa condicion de restablecer en su estado primitivo lo que se hubiere alterado á causa de ellos, pudiendo el usufructuario retener la cosa usufructuada hasta que el propietario le satisfaga el costo de las obras necesarias que haya hecho.

9. Cuando el propietario tenga desmejoras que reclamar del usufructuario, se puede admitir en compensacion el valor de las mejoras necesarias ó útiles que éste haya hecho, y si hubiere exceso de una y otra parte, se satisfará el resto hasta la completa indemnizacion. Entiéndese por mejora de un terreno el aumento de valor que éste recibe, como si se hacen obras para desaguarle, para hacerlo de regadío, para poderlo sembrar y cultivar, entrando tambien los abonos que se hacen en él de cualquiera forma. En los edificios se reputan mejoras todas las obras ó reparos que aumentan el valor de aquellas, ó que los habilitan para darlos en alquiler ó venderlos, despues de constituido el usufructo. Hay desmejora en las heredades cuando éstas han disminuido en su produccion ó estimacion por no haberlas mantenido el usufructuario en el estado de cultura, existente al empezar el usufructo, por no haber hecho en ellas los reparos á que está obligado, ó avisado en tiempo al propietario para ejecutar los que á éste correspondan, ó por haberse excedido de cualquier

modo abusando del usufructo. No altera ni disminuye el derecho del usufructuario la venta ó otra enagenacion de la cosa sujeta á usufructo; de consiguiente, continuará en el goce del usufructo si no le hubiere perdido ó renunciado.

10. Habiendo visto los derechos que corresponden al usufructuario, paso á examinar las obligaciones que tiene. Antes de entrar el usufructuario en el goce del usufructo deben inventariarse los bienes muebles, y tomarse razon de los inmuebles sujetos al usufructo por ante escribano, y en presencia ó con citacion del propietario. No obstante, éste puede remitir así el inventario como la toma de razon. El objeto de uno y otro de estos requisitos, es asegurar la responsabilidad del usufructuario y los derechos del propietario. A falta de propietario á quien citar, como acontece en la sucesion de un mayorazgo, el usufructuario entrante debe citar á los herederos del cesante: si los bienes se pusieren por cualquiera causa en administracion ó arriendo, los herederos ó el albacea pueden pedir que se haga el referido inventario y toma de razon por un comisionado que nombrará el juez, con asistencia de peritos, citándose al sucesor presunto, y á falta de él al administrador, arrendatario ó cualquier otro encargado de la custodia de los bienes.

11. El usufructuario, antes de entrar en el goce del usufructo, dará la correspondiente fianza de usar de él como buen padre de familia, á menos de que esté dispensado de esta fianza por la ley. No está obligado el usufructuario á prestar fianza en los casos siguientes: 1.º Cuando no se duda que él ó sus herederos han de adquirir la propiedad de sus bienes: 2.º Cuando el fisco es usufructuario: 3.º Cuando el padre tiene el usufructo

en los bienes adventicios del hijo, y lo mismo sucede en todo usufructo legal: 4.º Cuando el usufructo no ha de volver al propietario ó verdadero heredero del testador: 5.º Cuando el vendedor ó donante de una cosa inmueble se reserva el usufructo de ella. Puede hacerse el requerimiento de la fianza á peticion del propietario ó de oficio, segun las circunstancias del caso; no privando el retardo de la fianza al usufructuario de los frutos á que puede tener derecho, pues éstos le son debidos desde el momento en que empieza el usufructo.

12. El usufructuario está obligado á hacer los reparos menores en la finca usufructuada; pero no los mayores, á menos que por no haber ejecutado aquellos se hayan hecho estos precisos, en cuyo caso habrá tambien de costearlos. Son reparos mayores los de grande consideracion y costo, como el de reedificar paredes ó construir nuevos tejados &c. Reparos menores son las obras de menos costo é indispensables para la conservacion de la finca. En caso de duda está al arbitrio del juez la calificacion de reparos mayores ó menores, segun las circunstancias. El usufructuario puede compeler al propietario á que haga los reparos mayores que sean de necesidad, y si los costease el primero, tiene derecho para pedir le reintegre el valor de ellos, ya sean éstos de necesidad ó de utilidad. Las obras que tengan solo por objeto la mayor percepcion ó beneficio de frutos, serán de cuenta del usufructuario, no debiendo en tal caso pagar el propietario sino el valor de lo que resulte útil para el mismo.

13. El usufructuario y el propietario son responsables de los daños que se originan por no haber hecho en debido tiempo los reparos que respectivamente les correspondan. Si se arruinase por dema-

siado viejo ó por un caso fortuito el edificio en que estaba constituido el usufructo, ni el usufructuario ni el propietario están obligados á reedificarlo. Si no se arruinase del todo, y fuere necesario hacer alguna obra grande, de cuya omision hubiere de resultar la total ruina de aquel, el usufructuario podrá obligar al propietario á que la haga ó anticipe dinero para hacerla.

14. El usufructuario está obligado á pagar durante el goce del usufructo todas las cargas anuales que tuvieren las fincas usufructuadas al tiempo de empezar el usufructo, como las contribuciones; y otras que se consideran cargas de los frutos. Cuando el usufructo consiste en animales productivos, como un rebaño de ovejas, está obligado el usufructuario á reemplazar con las crias las que mueran ó falten de otro modo; pero siendo los animales estériles ó no productivos está relevado de aquella obligacion, á no ser que muriese ó faltase alguno por culpa suya. Si pereciese por enfermedad ú otro accidente todo el rebaño en que está constituido el usufructo, no tendrá el usufructuario otra obligacion que la de dar cuenta al propietario de los cueros, ó pagarle el valor de ellos.

15. Los gastos y condenas que ocasionen los pleitos concernientes al usufructo son de cuenta del usufructuario; pero si se hicieren aquellos á causa de la propiedad, serán de cargo del propietario los de alguna consideracion; mas los de poca monta correrán por cuenta del usufructuario. El padre ó la madre que usufructúa los bienes adventicios del hijo, tiene derecho al reintegro de todos los gastos que hubiere hecho á causa del pleito movido sobre dicho usufructo, si de él se hubiere seguido conocida utilidad ó mejora permanente á los bienes del hijo.

16. No es válida la renuncia del usufructo hecha en fraude de los acreedores. Estos pueden intervenir en los litigios ó contestaciones que se susciten sobre el usufructo, para conservar ó asegurar los derechos de su deudor, como tambien pueden ofrecerse á reparar las desmejoras que el usufructuario hubiere hecho en la cosa usufructuada, y afianzar ó consolidar el usufructo para lo sucesivo. La sentencia que se pronuncie contra el usufructuario sin citacion del propietario, no perjudica á éste, ni por el contrario la que se pronuncie contra el último sin citacion del primero.

17. El usufructuario no puede imponer servidumbre en la cosa sujeta á usufructo y en perjuicio del propietario; pero uno y otro podrán adquirirla durante el usufructo. Concluido éste tiene obligacion de restituir al propietario la finca usufructuada en la misma forma que la recibió; por consiguiente, si fuese una tierra de sembradío, no puede restituirla convertida en pradera ó al contrario.

18. Se acaba el usufructo: 1.º Por la muerte natural del usufructuario, aunque no por la del propietario: 2.º Por la muerte civil, que es el destierro perpetuo (1): 3.º Por remision ó renuncia que haga el usufructuario á favor del propietario: 4.º Por reunirse en un mismo sujeto la propiedad y el usufructo: 5.º Por el no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes: 6.º Por destruirse ó perecer accidentalmente la cosa en que está constituido el usufructo. Pero no es aplicable esta doctrina al usufructo de una heredad en que se comprende un edificio situado en ella, pues aunque es-

(1) Despues de la pragmática de 12 de Marzo de 1771 no se conoce la muerte civil ó destierro perpetuo, pues por ella se prohiben las condenas por mas tiempo que el de diez años.

te se arruine, continúa el usufructo en la heredad: 7.º Por abusos del usufructuario que den lugar, segun las circunstancias mas ó menos graves, á que declare el juez ó estinguido totalmente el usufructo, ó consolidado con la propiedad, bajo la carga de suministrar el propietario al usufructuario lo que se estimare justo: 8.º Por haberse cumplido el tiempo en el usufructo que se deja á uno hasta época ó edad determinada; bien que si éste muere los herederos percibirán los frutos pendientes, y los vencidos hasta el día del fallecimiento: 9.º El usufructo constituido á favor de alguna corporacion civil ó eclesiástica dura cien años, si no se hubiere prefijado menos tiempo, y si se estingue la corporacion, ó se arruina el pueblo, se acaba el usufructo que tenia el consejo; salvo si todos ó parte de sus moradores poblaren otro lugar, en cuyo caso conservan el usufructo (1): 10.º Por el matrimonio legítimo del hijo de familias ó por su emancipacion, se acaba el usufructo legal que el padre ó la madre tiene en sus bienes. Del usufructo en las herencias y legados y de las obligaciones que éste impone al usufructuario, trataremos con separacion en el título relativo á aquellas materias.

19. Sigue la segunda servidumbre personal que es el uso, y se dice que tiene este derecho cualquiera á quien se concede la facultad de usar de una cosa para sus menesteres y los de su familia, conservando aquella íntegra (2). Conviene el uso con el usufructo en que se constituyen y se estinguen del mismo modo sobre las mismas cosas (3), y en que así el usuario como el usufructuario deben prestar fianza, aquel en la forma

que hemos espresado, y éste de que usará de la cosa con buena fé, sin deterioro ni detrimento de la misma (1); y se diferencian en que el usufructuario hace suyos todos los frutos y rentas del modo que se ha dicho, el usuario únicamente los que necesita para satisfacer sus necesidades y las de su familia, y no está obligado como aquel á hacer ciertos reparos para la conservacion de los bienes, á no ser que la cosa sea tan pequeña, que él solo la disfrute enteramente, y se aproveche de todo su producto, en cuyo caso lo estará como aquel.

20. Los derechos del usuario deben arreglarse á los términos del convenio si se hubiesen especificado; pero en caso de no haberse pactado la calidad y estension que deban tener aquellos, se entenderán arreglados del modo siguiente: El que tiene el uso de una heredad no puede percibir mas frutos de ella que los que necesita para sí y su familia (2), y aun para los hijos que tenga despues de constituido el uso; pero no podrá enagenar ni ceder los frutos restantes. Si el uso fuere de una casa, podrá el usuario vivir en ella con toda su familia, y tambien recibir huéspedes (3).

21. El usuario de animales puede emplearlos en sus labores; pero no prestarlos á otro en comodato. Siendo el uso de caza y pesca, solo el usuario puede cazar y pescar. Si el uso fuere de ganados, podrá el usuario aprovecharse del estiércol y tomar la leche, queso, lana y crias para su consumo y el de su familia (4), debiendo usar de su derecho como un buen padre de familias, y precediendo la fianza ó inventario como en el usufructo.

(1) Ley 20, tit. 31, p. 3.

(2) Dicha ley 20.

(3) Leyes 90 y 91, tit. 31, p. 3.

(1) Leyes 20, 21 y 22 de dicho tit. y part.

(2) Dicha ley 20.

(3) Ley 22 de dicho tit.

(4) Dicha ley 21.



22. Cuando por convenio percibe el usuario todos los frutos de la heredad ú ocupa todo el edificio, está sujeto como el usufructuario al pago de contribuciones, é igualmente á los gastos de cultivo y reparos necesarios para conservar la cosa, como ya he manifestado en el núm. 18 de este capítulo. Si solo percibe una parte de los frutos, ú ocupa una parte de la casa, solo estará obligado á pagar á prorrata de lo que utiliza. No puede el usuario enagenar ni hipotecar la cosa fructuaria inmueble, ni dar en prendas la mueble.

23. El derecho de habitacion es la tercera de las servidumbres personales.

El que goza de este derecho tiene las facultades siguientes: 1.ª La de habitar en la casa con toda su familia, aun cuando no estuviese casado al tiempo en que se constituyó; 2.ª La de poder alquilar la casa á otro, con tal que sea á persona que haga buena vecindad (1); 3.ª La de poder vender, hipotecar, ceder y enagenar de cualquier modo su derecho. Las obligaciones del que lo tiene, son las mismas que las del usufructuario en cuanto á la fianza y demás. Este derecho no se acaba sino con la muerte ó renuncia del habitador.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

Sobre el título de las servidumbres.

NATURALEZA DE LAS SERVIDUMBRES.

De los derechos que un hombre tiene, unos se ejercen sobre personas y otros sobre cosas, es decir que consisten en la facultad de exigir ciertos servicios á alguna persona ó sobre alguna cosa. Estos últimos usos se llaman servidumbres, cuya utilidad no se puede menos de reconocer; porque si uno concede á otro el derecho de pasar por su heredad á otra, ha visto aquel algun beneficio en la concesion; y es de creer que no lo haya hecho gratuitamente así, ó que si lo ha hecho es por motivos particulares. Por el lado opuesto ellas son mas ventajosas para aquellos á cuyo favor están constituidas, pues que es beneficioso á cualquiera tener derechos; si quiere los ejercerá, si no le acomoda no. Ellas en especial son favorables á la agricultura; porque muchas veces es imposible beneficiar un campo sin que se permita pasar

por otro para llegar á él, ó sin que se obligue al dueño de otro superior dejar correr abajo naturalmente las aguas. ¿Cómo pueden pues considerarse por atentados contra la propiedad ajena derechos para los que hay títulos legítimos? ¿Podré reputar como tal y quejarme de que Pedro, á quien mi abuelo vendió una casa, ó la adquirió de otro cualquiera modo legal, haga de ella el uso que quiera? Pues el caso es idéntico. Así los que miran las servidumbres como otras tantas usurpaciones, solo atienden al mal lado, y no á la utilidad que prestan á los derechos habientes de ellas, ni á las remuneraciones que éstos ó sus antecesores han debido hacer.

Los derechos de propiedad que uno ejerce sobre sus cosas, comprenden todo género de servicios y usos que pueden hacerse de ellas; y por consecuencia no pue-

(1) Ley 27. de dicho tit. y part. (3)

de decirse que hay servidumbre en lo que es suyo propio: *nemine res sua servit*, decía muy bien el derecho romano, y por esto la verdadera idea de ella consiste en los servicios que uno haga sobre fincas que en lo demás pertenecen á otro, ó en el derecho de impedir al dueño de ellas que haga ciertos actos. De aquí se vé desde luego que hay servidumbres *agenti* y servidumbres *prohivendi*, ó que unas se dirigen á hacer algo y otras á prohibirlo. Sin embargo parece que pudieran distinguirse mejor, por su diferente manera de constituirse, en naturales y convencionales, dando el nombre de las primeras á las que tienen lugar por la situación de los terrenos, v. gr. el que el dueño de una heredad inferior no impida el que las aguas que corren naturalmente de otra superior pasen por aquella, y de las segundas á las que deben su origen á otro título. De todos modos la servidumbre es una calidad inherente á la misma cosa, un gravámen afecto y arraigado en una finca, y que la sigue á cualquier mano que pase: este es su carácter y naturaleza.

En efecto, ella se constituye á causa de la utilidad que presta su ejercicio para servirse, utilizarse ó atender alguna finca propia, y como esto es ocasionado por la posesion de terrenos, cualquiera que sean sus respectivos dueños, siempre concurre el fundamento de su conservación. Así pues, la naturaleza de la servidumbre es la perpetuidad, y el que á manera de una hipoteca tenga que sufrirla, sea quien fuere el que posea la finca gravada. Sin embargo, esto no obsta para que pueda hacerse temporal, si tal fuere la voluntad de los constituyentes.

Regularmente el predio sobre que se ejerce la servidumbre, y el que la ejerce, suelen hallarse en proximidad y aun mu-

chas veces en contigüidad, y por esto se dice que para ella se requiere por condicion esta circunstancia. Generalmente se constituye, bien por necesidad, á causa de que no pueda uno servirse de su finca sin tal servicio, bien por comodidad, bien por evitar algunos daños: se vé que ordinariamente no pueden llenarse estos objetos sin que ambos predios sean próximos, y de ahí viene la espresada calidad. ¿De qué me sirve en efecto, que Pedro me conceda el derecho de meter vigas en la pared de su casa, si yo no tengo edificio ni terreno alguno próximo á ella? Sin embargo, no hay obstáculo en que pueda constituirse servidumbre estando separados los dos predios llamados dominante y sirviente, ni en que se establezca sobre una finca sin que el dueño del que la ejerza tenga otra alguna suya: ello es lo mas natural, pero no es una condicion esencial para su existencia. Otro tanto digo de la perpetuidad de causa de la servidumbre: lo regular es que así sea, mas no impide el que algunas veces puedan constituirse de otro modo.

Está dispuesto que el señor del predio dominante debe ejecutar las reparaciones necesarias para el uso ó conservación de la servidumbre; lo cual necesita alguna distincion. O bien al tiempo de constituirse se hizo alguna mencion acerca de ello, ó no se ha cargado con esta obligacion á ninguno de los dueños: en el primer caso deberá cumplirla aquel á quien se haya impuesto, sea el dominante ó sirviente; pero en el segundo nada mas justo que la tenga el que utiliza con el uso. El Digesto romano y las Partidas se fundan para esto en que la servidumbre no puede constituirse en hacer; pues que su naturaleza es de permitir, ó no poder hacer algo; y que tal seria la que consistiese en la obligacion de reparar el pre-

dio en beneficio de otro. Pero esta razon no satisface: mejor se dirá acaso que la obligacion de reparar es una segunda carga, á la que nadie debe presumirse sometido mientras no lo espese terminantemente. ¿Qué cosa mas regular que el que haga las reparaciones aquel en cuya utilidad son? ¿Para quién serian mas sensibles los gastos que se causen en ellas, al propietario del fundo en cuyo beneficio está, ó al del que se halla sujeto? ¿Lo contrario no daria lugar á mil violencias? En fin, todas las razones imaginables aprueban esta medida.

DISTINCION DE LAS SERVIDUMBRES.

Las necesidades y caprichos del hombre son sin duda muy variados, y la ley no puede seguir todos sus pasos; por lo mismo se vé obligada á contentarse con las formas mas comunes. Esto es lo que sucede en materia de servidumbres, de las cuales es imposible presentar tablas completas; y se hará bastante en ofrecer las mas usuales, segun que la diversa posicion de los lugares, y la diversidad de servicios puede exigirlos. ¿Pero qué juicio formaremos de nuestra legislacion? ¿Diremos que esplica los servicios mas frecuentes y necesarios en la agricultura, edificacion y demás? Me parece que no. Al contrario, estoy persuadido que se encuentra en ella un gran vacio de doctrinas que es preciso llenarlo: creo que esto es uno de los títulos que necesitan de mayor reforma, ó mejor diré mas explicacion.

El uso y aprovechamiento de las aguas es para el cultivo de las tierras un objeto de muchísima importancia: elemento necesario para la reproduccion, tiene un valor inmenso, particularmente en los paises interiores y lejanos de los mares; y en cuanto sirve para bebida de los

hombres y animales, y para otros infinitos servicios, es de suma utilidad. Como la naturaleza no regala esta riqueza determinadamente á ningun individuo, sino que quiere que se estienda á muchos, desde los puntos en que nace se vé correr constantemente á buscar su nivel, pasando de los lugares superiores ó altos á los inferiores ó bajos, y así es que utilizados aquellos de sus servicios, pueden bien hacer otro tanto éstos. ¿No exige pues la justicia que los primeros, que se han aprovechado, no perjudiquen á los segundos desviando el curso natural? ¿El bien de la agricultura no prescribe esto sobre todo? Sin duda que si: á pesar de eso no tenemos leyes que arreglen esta materia. Verdad es que las leyes 4.^a y 6.^a del título 31, partida 3.^a hablan de la servidumbre de agua regadera, bebediza ó para molinos; pero no puede decirse que contengan doctrinas cuales debiera haber establecido, pues suponen la existencia de aquellas, no á virtud de la misma ley mediante la situacion de los fundos, si no por convenio ú otro hecho del hombre. Esto mismo digo del caso contrario, es decir, cuando de un predio superior corriese á otro inferior en tiempos lluviosos tal afluencia de aguas reunidas, que la perjudicase muchísimo. ¿Se deberá permitir que éste sufra tanta pérdida, siempre que el otro pueda desviar las avenidas sin mucho gasto? Esta cuestion ocurre diariamente; y sin embargo no está decidida.

No deja de ser tampoco frecuente el que se pretenda pasar por un fundo ajeno á otro suyo propio, sea personalmente ó bien con ganado, carros á otros objetos. Pero el citado código de Don Alonso si bien habla de las servidumbres de senda, carrera y via, solo lo hace en la hipótesis de estar constituidas por concesion,

lo mismo que las precedentes, y no esplica si ellas pueden tener lugar algunas veces sin ella; de modo que si ésta no se hiciese, no puede usarse del paso. Así la doctrina que da no puede servir mas que para saber qué derechos se tendrán cuando se conceda la senda, carrera ó via, ó por mejor decir, qué se entiende por cada una de estas espresiones. Yo por mí estoy persuadido que este tránsito por terreno ajeno puede ser muchas veces de necesidad, y que la ley deberá concederlo en ciertos casos. El que tenga una heredad enclavada en medio de otras ¿cómo ha de labrarla si no se le permite pasar con sus ganados y aparejos por dentro de alguna de ellas? No hay remedio; ó es preciso consentírselo ó se le ha de condenar á que abandone su propiedad; y pregunto ¿de qué medida resultan menos perjuicios, de un corto embarazo, y si se quiere pérdida de terreno, ó de la imposibilidad de cultivar y utilizarse toda una heredad? Cualquiera responderá que de lo primero; pues bien, el partido que debe tomarse está indicado; y consiste en que se obligue á los propietarios circundantes á sufrir el gravámen del tránsito. Lo mismo puede decirse acerca de otras muchas clases de servidumbres rústicas que pueden tener lugar; pues no hago mas que poner ejemplos de la necesidad que hay de que se obligue esto mejor por la ley.

En cuanto á las servidumbres urbanas se encuentra la misma ó mayor falta. Por ejemplo ¿se tendrá derecho de construir edificio en la contigüidad de otro, y privarlo en consecuencia de las luces y vista que disfruta? ¿Será lícito utilizarse de la pared que tiene el edificio de uno, y apoyar en ella el que se trata de levantar? Ambas cuestiones son de la mayor importancia, y creo que las dos deben resolver-

se afirmativamente: sin esto la edificacion de las ciudades no podría verificarse; el ornato público padecería mucho, y haría estender demasiado las poblaciones. Además, la prohibicion de valerse de la pared medianera haría costosos los edificios, pues que cada dueño tendría que levantar por sí todos los muros necesarios, y esto en último resultado retraería de construir semejantes obras. Como sin duda las casas de Roma y las antiguas españolas estarían fabricadas á cierta distancia entre sí, no era fácil hubiese lugar á las dificultades que he indicado; y por esto no habiéndolas previsto, no trataron tampoco de resolverlas; pero en el dia nos hallamos en un caso muy distinto. Es preciso establecer reglas sobre cuando habrá derecho al medianil; si en tal caso se tendrá que pagar al propietario alguna parte de lo que costó; cómo ó en qué proporcion se deberá contribuir á su conservacion y reparaciones.

Respecto de la construccion de chimeneas y hornos, caída de aguas llovedizas, derrame de las sucias y basuras sobre los patios ó fundos ajenos contiguos, y sobre la distancia que se ha de graduar para ciertas obras, apenas hay definida cosa importante en nuestro derecho. De aquí es que resultan innumerables pleitos perjudiciales por todos lados, pleitos que la mayor parte se pudieran evitar, si la ley se tomase el trabajo de decifrar las restricciones y modificaciones que cada propietario tiene que sufrir en el uso de su propiedad. La falta de entera libertad que se impone á los vecinos en sí es un mal, pero es un mal que por otro lado causa mayor utilidad: semejantes restricciones son una condicion *sine qua non* para vivir en la sociedad.

ESTINCTION DE LAS SERVIDUMBRES.

Los cinco modos que se enumeran pa-

ra la estincion de las servidumbres, son generales y comunes á la pérdida de los demás derechos, y por estas razones pudieron haberse omitido aquí remitiendo al tratado general de ellos. No obstante, no quiero dejar de hacer una indicacion contra la estincion de las servidumbres por reunion de ambos fundos en un dueño con tal efecto, que separados otra vez no revivan ellas: esto podrá ser cierto respecto de las convencionales ó de mera comodidad, mas no en cuanto á las legales ó de necesidad. En efecto, hemos fundado antes ésta en la razon del grave perjuicio que resultaria en no imponer este gravámen; pues bien, es claro que esto puede verificarse en dos fincas que se reunen en un propietario, y se vuelven á dividir. Mientras uno solo las goce no hay servidumbre, pero separadas ocurre la misma necesidad ó utilidad indicada, y no se puede menos de concederla; así lo que nuestra ley dice solo puede tener lugar cuando el gravámen sea establecido por convencion ú otro hecho del hombre. Puede hacerse aplicacion de esta doctrina á los otros modos de estincion que se refieren.

DEL USUFRUCTO.

INCONVENIENTES DE LA INSTITUCION USUFRUCTUARIA.

Aquella institucion que se dirige á impedir el aumento de la riqueza general, debe ser sin duda repelida por la ley, la cual al contrario debe promoverla por todos los medios que estén á su alcance. El usufructo que consiste generalmente en que uno goce de los frutos, rentas, servicios, usos ó utilidades de una finca durante su vida, para dejarla despues de su muerte á otro señalado, me parece tiene el inconveniente indicado, y por lo mismo no es de admitirse, á lo menos segun

está constituido. No pudiendo el usufructuario vender, enagenar, ni disponer en alguna manera de la propiedad de ella, solo trata de aprovecharse de los productos y chupar, por decir así, toda su sustancia; no piensa en mejorarla, ni aun en hacer reparaciones para conservarla. Para convencerse de esta verdad basta recurrir á la esperiencia y á una corta reflexion. ¿No hemos visto continuamente edificios arruinados por negligencia del usufructuario? ¿No hemos visto que casas demolidas por incendio, vejez ú otra causa, permanecen así porque el usufructuario no las reedifica? ¿No hemos visto que poblados bosques quedan talados y arrasados por la mano del mismo sin que trate de poner un plantío? ¿Y por qué es así? La razon es sencilla; pues en tanto hace uno un uso moderado y conveniente de una cosa y la mejora, en cuanto puede venderla, enagenarla ó disponer de ella de cualquiera otra manera en vida suya, y trasmitirla despues de su muerte á sus hijos, parientes, amigos ó bienhechores.

Por otra parte, sucede muchas veces que un capital que se emplea en hacer una mejora, no produce desde luego, y es preciso aguardar á un largo número de años para recibir sus utilidades. ¿Quien es el usufructuario que hará estas labores, cuyos productos no empezará tal vez á recoger; pues que el usufructo se ha de acabar con su muerte? Pero el obstáculo se aumenta todavía por la consideracion de que, como es muy frecuente, la finca ha de pasar á una persona estraña con quien no tiene acaso relacion alguna; porque es claro que nadie quiere hacer desembolsos en estas circunstancias.

Fundado en tales razones, me parece que esta propiedad á medias del usufructo, se dirige á extinguir en el hombre el

deseo y afán de mejorar sus cosas, pues que no puede disponer de ellas, y á quitarle el interés de hacerlo, porque en muchísimos casos habria de contar por enteramente perdido para él el capital que emplease en ello. Así la ley que debería promover estas mejoras particulares, de las cuales se forma la riqueza general de la nacion, no debía adoptar una medida que en último resultado las estorbaria...

COMBINACION DE DERECHOS.

¿Pero anulará la ley los contratos ó disposiciones testamentarias, por las que se trasmite á uno el derecho de usufructuar, conservando á otro la misma propiedad despues de su muerte? Salva esta facultad, creo que pudiera adoptarse por regla, que el que se llama propietario tenga el derecho de hacerse de la finca fructuaria, asegurando al efecto al usufructuario con hipoteca de la misma el pago

de las rentas que puede producir, ó aun el de redimir esta carga, satisfaciéndose de una vez el capital, calculándose que podrá vivir setenta años, término ordinario de la vida del hombre. De esta manera el propietario puede dedicarse á hacer cualquier mejoramiento, y por otro lado no se perjudica en nada al usufructuario, el cual no podia sacar al fin mas utilidad que la de percibir los frutos ó rentas. No obstante, algunas veces puede tener sentimiento de ser despojado de la finca, sea porque la ha conservado mucho tiempo, ó por cualquier otro motivo, y convendrá no causarlo; pero se evitará con concederle el privilegio ó preferencia en el arrendamiento por el tanto. Tal es mi opinion en esta materia, y oiré con gusto al que discurra mejor: ella me escusa de examinar las disposiciones particulares del mismo tratado.

TITULO 4.º

De la adquisicion de bienes por sucesion testamentaria.

CAPÍTULO I.

DEL TESTAMENTO: SUS DIVERSAS ESPECIES Y REQUISITOS.

1. *Importancia de esta materia.*
2. *¿Qué es testamento y cuántas son sus clases?*
3. *El solemne es nuncupativo ó abierto.*
4. *Solemidades del testamento nuncupativo.*
5. *Calidades requeridas en los testigos.*
6. *Los legatarios pueden ser testigos en el testamento en que se les deja las mandas.*
7. *El escribano debe ser de los numerarios del pueblo.*
8. *Solemidades del testamento escrito.*
9. *Caso que el testador no sepa escribir, y testigos que deben saber firmar.*
10. *Testamento del ciego.*
11. *Circunstancias que deben concurrir para que no se invalide un testamento.*
12. *¿Quiénes tienen prohibicion legal para testar?*
13. *Cualquiera persona que no tenga prohibicion puede hacer cuantos testamentos quiera hasta su muerte.*

14. Los hijos de familia pueden testar.
15. Requisitos para que el testamento solemne se considere como tal, y produzca todos sus efectos.
16. Causas por las que puede declararse nulo un testamento.
17. Circunstancias para dar á cualquier testamento la calidad de instrumento público.
18. Testamento militar.
19. Memoria reservada.
20. Declaracion de pobre.

1. Una de las materias mas importantes que pueden presentarse al examen del jurisconsulto es sin duda la del presente título, como que de ella depende en gran parte el arreglo y bien-estar de la sociedad doméstica, base de la sociedad civil. No entraré en el tan debatido debate de si la testamentifaccion es ó no de derecho natural; porque la consideramos de escaso interés y agena del propósito de esta obra, cuyo principal y constante objeto es recopilar del mejor modo posible las doctrinas de aplicacion legal que se desprenden del estudio de nuestras leyes y mas acreditados tratadistas. Así pues, paso á esponer la doctrina que en la materia rige.

2. Testamento es una disposicion solemne y ordenada en la que el hombre dispone de sus bienes para despues de su muerte (1). Es de dos clases: solemne y privilegiado. El solemne es el que consta de todos los requisitos y formalidades prescritas por el derecho para su validez. El privilegiado es aquel que por especial privilegio se considera válido, aun cuando carezca de los espresados requisitos, como es el que otorgan los militares, ó los que tienen el fuero de guerra.

3. El solemne puede otorgarse de dos modos, por lo cual se divide en *nuncupativo ó abierto, y en escrito ó cerrado*. Nuncupativo es aquel en que el testador manifiesta su voluntad, ya sea de viva

voz, ya por medio de un escrito que él mismo lee, ó que hace leer al escribano si asiste al acto, ó á cualquiera de los testigos que estén presentes (1).

4. El testamento nuncupativo puede otorgarse ante escribano público ó sin él. En el primer caso deben estar presentes á lo menos tres testigos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere (2). La palabra vecino debe tomarse aqui en un sentido lato, pues la ley solo quiere escluir á los transeuntes, es decir, á aquellos que no podrian dar razon del testador. En el segundo caso, que es cuando se hace sin intervencion de escribano, habrán de asistir al acto cinco vecinos del pueblo por lo menos: si no pudiesen hallarse tantos ni tampoco escribano, bastará la asistencia de tres testigos vecinos del lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos no vecinos y sin asistencia de escribano, será válido, con tal que todos ellos tengan las otras cualidades que requiere el derecho (3). Esta facultad de testar á presencia de siete testigos no vecinos, es la que mas facilita la falsificacion de un testamento; pues segun ella pueden ser testigos siete forasteros, cuyas firmas pueden ser suplantadas en razon á no ser conocidas donde se hizo el testamento: siendo preciso remitir éste al domicilio de cada uno de

(1) Leyes 1 y 9, tit. 10, p. 6 y 1, tit. 18, lib. 10, N. R.

(2) Dicha ley 1, tit. 18.

(3) Dicha ley 1.

(1) Ley 1, tit. 1, p. 6.

ellos para que reconozca su firma en caso de duda; lo cual es muy difícil y embarazoso en la ejecución.

5. De las palabras de la ley acerca de la validez de un testamento á presencia de los siete testigos no vecinos, "*teniendo las otras calidades que por derecho se requieren*," han pretendido deducir algunos intérpretes que deben ser rogados. Mas esta deducción es falsa, pues habiendo desterrado la espresada ley todas esas solemnidades del derecho romano, las calidades que exige en esta materia son la mayor edad, que no tengan prohibicion para ser testigos, y lo demás que por derecho se requiere en los negocios civiles. Las personas que tienen dicha prohibicion son: los condenados por cancioncs injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios, por homicidio, por robo, por traicion al rey, y otros delitos que espresan las leyes; los menores de catorce años; las mugeres; los dementes durante su locura; los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes; los mudos, los sordos y los ciegos (1). Además de estas tachas que son generales para todas las cosas, hay otras que solo producen inhabilidad respectiva. Tal es la de los hijos, que no pueden ser testigos en los testamentos de sus padres y demás ascendientes. Tampoco pueden serlo el heredero ni sus parientes dentro del cuarto grado de afinidad y consanguinidad (2).

6. Los legatarios pueden ser testigos de los testamentos en que se les dejan mandas (3), como tambien los fideicomisarios y ejecutores testamentarios, siempre que se reduzca el testamento á escritura pública; y aun no haciéndose

así podrán prestarse como tales testigos, si fuesen llamados para probar que es verdadero el testamento, con tal que no tengan parte en la herencia. No obstante, si los testamentarios fuesen nombrados para distribuir los bienes del difunto haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos, porque á éstos les está prohibido el serlo (1). Tambien pueden ser testigos testamentarios los clérigos *insacris*.

7. Cuando intervenga escribano, deberá ser de los numerarios del pueblo en que se otorgue el testamento. Así lo previene la ley recopilada (2), la cual prohíbe á los escribanos que no sean de número el entrometerse á autorizar contratos y testamentos, so pena de veinte mil maravedís y privacion de oficio; sobre lo cual deberá tenerse presente lo que se dirá en el título de escribanos.

8. Testamento escrito ó cerrado es aquel en que el testador presenta un papel cerrado con lacre, oblea ó cosa equivalente, declarando que en él se contiene su última voluntad. Esta declaracion ha de hacerse indispensablemente ante un escribano y siete testigos de las calidades referidas, bajo pena de nulidad; pero no pide la ley vecindad en ellos (3), si bien debe espresarse de dónde son vecinos. Nada importa que este testamento sea escrito por el testador ó por otro en su nombre, ni tampoco el que esté en papel blanco ó sellado: lo indispensable es que lo entregue al escribano, para que estienda el otorgamiento en su cubierta, y que á su presencia lo signe y firme con todos los testigos, diciéndoles que aquel es su testamento, y que les ruega que escriban en él sus nombres. Así lo previene

(1) Ley 17, tit. 16, p. 3 y 9 y 10, tit. 1, p. 6.

(2) Leyes 9 y 11, tit. 1, p. 6.

(3) La misma ley 11.

Tomo I.

(1) Dicha ley 11.

(2) Ley 7, tit. 23, lib. 10, N. R.

(3) Ley 2, tit. 18, lib. 10, N. R.

una ley de Partida (1). En los testamentos simultáneos de marido y muger, no se necesita mayor número de testigos que para el de uno solo.

9. Si el testador no pudiese escribir firmará por él un testigo; pero si no supiere, no podrá hacer testamento escrito. Dúdase si será valido el otorgamiento cuando solo un testigo supiese firmar; y aunque algunos autores opinan por la afirmativa, creemos sin embargo, que atendidas las palabras de la ley *unos por otros*, deberán ser dos por lo menos, pues que habla en número plural. El escribano ha de espresar que estos testigos firmarán por los otros ó por el testador, porque éstos no saben ó no pueden; y luego suscribirá, signará y firmará, segun previene la ley; de modo que sean ocho las firmas, y además la suya y su signo. Autorizado el otorgamiento se le entregará al testador para que lo guarde ó dé á guardar á otro; mas no debe custodiarlo el escribano en calidad de tal hasta que abierto y publicado adquiriera el carácter de instrumento público de que hasta entonces carece. Tambien es de advertir que si ninguno de los testigos supiere firmar, será nulo el testamento cerrado, pues no basta que el escribano firme por sí y por los testigos (2).

10. El ciego no puede hacer testamento cerrado (3), sino precisamente nuncupativo ó abierto, y al otorgamiento de él han de concurrir cinco testigos por lo menos (4); corrigiendo en esta parte la ley recopilada á la Partida que exigia la presencia de siete testigos y escribano público. No hay precision de que sean vecinos del pueblo con tal que se otorgue

ante escribano; pero no será válido si por no haber mas vecinos del lugar se otorgase en presencia de tres testigos que tuvieran dicha calidad, aunque interviniera escribano, y en esto se diferencia este testamento del nuncupativo comun. A falta de escribano han de asistir al otorgamiento del testamento del ciego ocho testigos, y uno de ellos lo escribirá por el otorgante (1).

11. Para que no se invalide un testamento han de concurrir precisamente en su otorgamiento las circunstancias siguientes: 1.º Que todos los testigos vean y oigan hablar al testador: 2.º Que entiendan perfectamente todo el contenido en su disposicion, si el testamento fuere abierto, y si cerrado la fórmula del otorgamiento: 3.º Que mientras que se lee, otorga y publica, estén todos presentes sin faltar uno: 4.º Que el testador hasta concluir el otorgamiento no se ocupe en otro negocio diverso (2). Tampoco deben separarse los testigos por ser un acto solo é indivisible.

12. Tienen prohibicion legal para testar los impúberos (3), los locos ó desmemoriados, aunque es válido el testamento otorgado por ellos antes de contraer la enfermedad (4), y tambien el que hiciera el loco en sus lucidos intervalos; el pródigo privado de la administracion de sus bienes por interdiccion judicial; el mudo y sordo por naturaleza, á menos que sepa escribir y en efecto lo escriba, dándolo á leer al escribano ó á alguno de los testigos faltando aquel (5).

13. Cualquiera persona de ambos sexos que no esté comprendida en las ex-

- (1) Ley 2, tit. 1, p. 6.
- (2) Ley 2, tit. 1, p. 6 y 103, tit. 18, p. 3.
- (3) Ley 14, tit. 1, p. 6.
- (4) Ley 2, tit. 18, lib. 10, N. R.

- (1) Ley 14, tit. 1, p. 6.
- (2) Leyes 3, tit. 1, p. 6 y 1, tit. 18, lib. 10, N. R.
- (3) Ley 13, tit. 1, p. 6.
- (4) La misma ley.
- (5) Ley 16 al fin, tit. 1, p. 6.

cepciones anteriores, puede hacer cuantos testamentos quisiere hasta su muerte, y dar poder ó comision á otro para que en su nombre ordene el testamento, ó concluya el que hubiere empezado á hacer. Por consiguiente todo extranjero puede testar, sin que nuestras leyes les hayan impuesto restriccion alguna, advirtiendo que en cuanto á la forma de solemnidades prescritas para justificar la verdad del acto, parece debe observar el extranjero testador las establecidas en el pais donde testa, á menos que ordene otra cosa la ley de su patria, en cuyo caso tendrá precision de seguir las formalidades que le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en ella. Por lo que hace á las disposiciones testamentarias, es claro que las concernientes á los bienes raices han de adoptarse á la legislacion del pais en que se hallan, puesto que segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que el extranjero tenga en su patria. Pero en cuanto á los bienes muebles que tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede estenderse fuera del territorio, y las leyes que afectan propiamente la calidad de ciudadano. Permaneciendo el extranjero ciudadano de su patria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier parte donde se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres y de cualesquiera bienes muebles que allá tuviere; pero está obligado á observar las leyes del pais donde testa, respecto de los bienes que en él posee.

14. Los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad no podian testar libremente por derecho de las Partidas, aun cuando por su edad estuviesen aptos para ello; pues necesitaban licencia de sus pa-

dres ó abuelos, á menos que fuese para disponer de sus bienes castrenses ó casicastrenses, y de la tercera parte de sus bienes adventicios (1). Mas la ley 5 de Toro (2), les concede la mas amplia libertad, cual si fueren padres de familia, para disponer de sus bienes por testamento en la edad en que tengan capacidad para ello, esto es, en la pubertad. Si fallecieren en pais extranjero se procederá en orden á la disposicion testamentaria de sus bienes, con arreglo á los tratados existentes con aquel gobierno.

15. Para que el testamento solemne se considere tal, y produzca todos sus efectos, son necesarias cuatro cosas: 1. ^o Que el testador tenga capacidad natural y legal de testar al tiempo de otorgarlo, y voluntad libre para disponer de sus bienes (3): 2. ^o Que nombre heredero hábil para serlo, pues de lo contrario ó no habiendo heredero instituido, solo valdrá el testamento como última voluntad, y se declara abintestato, aunque serán válidas las mandas, mejoras y demás disposiciones que tenga conformes á derecho, pasando sus bienes á los que deban heredarle abintestato, ó al fisco en su caso (4): 3. ^o Que conste de las solemnidades prescritas por la ley, espresadas en los números anteriores: 4. ^o Que se confirme con la muerte del testador y acepte el heredero su herencia, pues si no quisiere, pasará á los herederos abintestato, á menos de haber nombrado el testador sustituto del heredero instituido, pues en tal caso á él le corresponderá la herencia (5). Otros requisitos prescribe la ley ó la costumbre para mayor solemnidad del

(1) Ley 1, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

(2) Ley 4, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

(3) Ley 13, tit. 1, part. 6.

(4) Ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

(5) Ley 2, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

testamento, mas por su omision no se invalida éste. Tales son la invocacion divina, la protestacion de la fé, el señalamiento de sepultura y hábito, las misas y mandas forzosas, la filiacion y naturaleza del testador, la declaracion de bienes y deudas, los matrimonios que hubiere contraido, las dotes y arras de sus diferentes mugeres, los hijos que haya tenido, su estado actual y las anticipaciones que les hubiere hecho, la revocacion de otras disposiciones anteriores, y por último las declaraciones que tenga por oportunas. Si fueren omitidas alguna de estas cosas, pueden suplirse de otro modo; por ejemplo, las relativas á acreditar la religion, naturaleza y enlaces del testador, se acreditarán con informacion de testigos, del párroco &c. En orden á la sepultura, si la omitiere el testador, dispondrá el heredero ó los testamentarios lo que les parezca mas conveniente, y si no se le enterrará en el cementerio general. Tampoco importa nada que se omitan las mandas forzosas, pues tienen su cuota determinada y conocida. Así mismo no es precisa la revocacion del testamento anterior, pues los dos deben cumplirse no estando en contradiccion el uno con el otro, en cuyo caso ha de observarse el último; y si en ambos hubiese institucion de heredero, se partirá entre ellos la herencia, á menos que alguno de los dos crea tener mejor derecho, pues entonces se ventilará en juicio.

16. Por varias causas puede declararse nulo el testamento aun cuando el testador no lo revoque. 1.º Por defecto del testador; v. gr. si fuere de los que tienen prohibicion legal para testar: 2.º Por error del mismo que testa: que es cuando se equivoca ó yerra en la persona instituida para sucederle, en cuyo caso no vale la institucion por faltar la voluntad y

consentimiento del testador; por ejemplo, si nombrare á uno en el concepto de su hijo legítimo, no siéndolo (1). En este caso pasará la herencia á los herederos abintestato, quedando válidos los legados y fideicomisos: 3.º Por voluntad imperfecta y no consumada del testador; para cuya inteligencia es de advertir que el testamento puede ser imperfecto por no haber espresado bien y claramente el testador su voluntad, por falta de solemnidad de testigos ó por no haberse hecho publicacion de él: 4.º Por incapacidad del heredero instituido; en cuyo caso aunque por derecho comun se invalidaba en todo el testamento, y no valian los legados y fideicomisos, igualmente que cuando faltaba la institucion de heredero; no sucede así segun nuestras leyes, que han corregido en esta parte las antiguas. Así aunque no haya tal institucion, ó ésta se invalide, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas, y todo lo demás que contenga el testamento si estuviese otorgado con las formalidades legales (2): 5.º Por pretericion ó desheredacion, que es cuando el testador deja de nombrar por su heredero á un hijo ó descendiente legítimo suyo, ó le deshereda sin causa legítima: 6.º Por falta de admision en la herencia, que es cuando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia espresamente: 7.º Por la arrogacion ó legitimacion del heredero del testador: 8.º Por falta de publicacion del testamento, la cual se hace de dos modos: uno despues de la muerte del testador, cuando el testamento se formalizó en escrito-

(1) Ley 12, tit. 3, part. 6.

(2) En virtud de la ley 1. tit. 13, lib. 10, Nov. Rec. si fuese instituido heredero un incapaz, como dice el autor, valdrán las mandas y demás disposiciones del testamento. Para la debida inteligencia de dicha ley, debe leerse la única, tit. 10, de los testamentos del ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera.

ra, memoria ó cédula privada ante el competente número de testigos, ó verbalmente ante éstos; y el otro es cuando está aun vivo el testador, á lo que llaman vulgarmente *otorgamiento*, y consiste en que estén espresos el pueblo, dia, mes y año en que se otorgó, y los testigos por sus nombres y apellidos con todas las solemnidades de que se ha hablado.

17. Para dar á cualquiera testamento la calidad de instrumento público deben comparecer los testigos á presencia del juez, y deponer acerca de la voluntad del testador, si se trata de un testamento nuncupativo; pero si fuere cerrado solo testificarán del otorgamiento, pues ignoran sus disposiciones. El testamento privilegiado del que se va á hablar, no necesita otro requisito que el reconocimiento del juez.

18. Llámase testamento privilegiado el que por especial privilegio pueden otorgar los militares, sin sujetarse á las formalidades y requisitos que exige el solemne. Acerca del primero está en uso la real cédula de 24 de octubre de 1778 (1), en la cual se manda que todos los individuos á quienes está concedido el fuero militar puedan otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su puño, ó de cualquier otro modo en que conste su voluntad, ó bien hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, usando á su arbitrio en la parte dispositiva de las facultades que les da la ley militar, ú observando las leyes civiles. Sobre esta materia hay que prevenir dos cosas: 1.ª Que si otorgan testamento ante escribano en calidad de tal, han de concurrir al otorgamiento los testigos que previene la ley, por cuanto en el caso no usan del privilegio conce-

dido al fuero militar: 2.ª Que á pesar de las amplias facultades que les da este mismo fuero, no deben ni pueden omitir aquellos requisitos que se tienen por necesarios para que conste con alguna seguridad la verdadera voluntad del otorgante. Esto no se conseguirá si testando el militar de viva voz, no hubiere dos testigos con que acreditarlo, testimonio tenido por prueba plena, el mismo que pide la ley de Partida, y el que implícitamente requiere la citada real cédula en las palabras *de cualquier modo que conste su voluntad*, porque con un solo testigo nada se prueba plenamente. Cuando no habrá necesidad de los dos testigos será en el caso de que hiciere testamento en papel firmado de su puño; pero no se eximirá el heredero de acreditar legalmente que aquella era la firma del testador. Según la citada ley 8, tít. 18, lib. 10, de la Nov. Rec. aclaratoria de la 7 del mismo tít. y lib., no solamente tienen este privilegio los militares sino todas las personas que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos, de suerte que en todos tiempos pueden testar sin limitacion alguna de cualquier modo que conste su voluntad. Mas en mi concepto este privilegio es mas perjudicial que útil á los testadores; pues dispensándolos de los requisitos comunes, los deja espuestos á que sus disposiciones sean falsificadas, quedando ilusoria su última voluntad. Convengo en que se dé fuerza obligatoria á ésta, espresada sin solemnidades, cuando el militar al frente del enemigo y próximo á la muerte, manifestase á sus compañeros lo que queria se hiciese de sus bienes despues de su fallecimiento; pero no alcanzo la razon de eximirseles del derecho comun en tiempos de paz, cuando se encuentran en las poblaciones sin riesgo ni exposicion alguna.

(1) Ley 8, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.

19. Suelen á veces tomarse en los testamentos algunas disposiciones especiales en una nota ó cédula que queda reservada en poder del testador ó de otra persona hasta despues de su muerte, y se le dá el nombre de memoria. Esta cédula puede estar escrita por cualquiera persona de la confianza del testador; pero es mas conveniente que éste la estienda de su letra con el objeto de evitar su plantaciones, siendo siempre un requisito indispensable que haga espresa mencion de ella en su testamento, porque de otro modo esta memoria seria nula. No puede hacerse en ella institucion de heredero; pero si dijese el testador en su disposicion testamentaria que instituia por su heredero á la persona cuyo nombre tenia escrito de su puño y letra en un papel que estaba guardado en tal parte; seria válida esta institucion, porque puede decirse que se hace en el testamento y no en la memoria.
20. Llámase declaracion de pobre el testamento que otorga el que no tiene bienes, y se reduce á declararlo así, rogando al cura párroco ó á otras personas que le den sepultura gratuitamente, y hagan por su alma los sufragios que pudieren; debiendo advertirse: 1.º Que en esta declaracion deben intervenir las mismas solemnidades que en el testamento nuncupativo: 2.º Que el pobre puede instituir heredero, sustituir, mejorar y hacer legados de los bienes libres que pueda adquirir en lo sucesivo por cualquiera causa.

CAPÍTULO II.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

1. Entre nosotros no es necesaria la institucion de heredero para la validez del testamento.
- 2, 3 y 4. ¿Quién se dice que es heredero? y sus diferentes especies.
5. Personas que no pueden heredar por incapacidad.
6. Personas que no pueden heredar por indignidad.
7. La institucion de heredero debe hacerse en testamento, y no en codicilo.
8. El testador debe hacer la institucion en términos claros.
9. Caso de que el testador errase en el nombre del heredero.
10. Puede tambien el testador instituir heredero condicionalmente.
11. Division de las condiciones, en posibles é imposibles.
12. Las condiciones posibles se dividen en potestativas, casuales y mistas &c.
13. Institucion á dia ó tiempo cierto.
14. El que se apodera de la herencia sin autorizacion judicial, habiendo otros coherederos perderá por esto solo el derecho que á ella tenia.
15. Los herederos á quienes se les debe legítima, son los parientes por línea recta.

1. No es necesaria entre nosotros la institucion de heredero para la validez de un testamento; pues concurrendo á su otorgamiento las solemnidades prescritas en el derecho, valdrán las mandas, mejoras y demás que contenga (1). Así pues ha caducado en esta parte la legislación de Partida, que adoptando la romana, si bien con alguna pequeña modificación, exijia como base para la validez de un testamento la institucion de heredero, sin cuyo requisito era nulo en todas sus partes.

(1) Ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

2. Llámase heredero al que por disposición del testador ó de la ley sucede en los bienes que deja una persona después de su muerte (1). De esta definición se deduce, que los herederos pueden ser testamentarios, y legítimos abintestato. Los primeros se subdividen en forzosos, y volutarios ó estraños.

3. Son herederos forzosos aquellos á quienes se les debe porción legítima; de suerte que el testador está precisamente obligado á instituirlos ó á desheredarlos, si hubiese justa causa. Voluntarios ó estraños son aquellos á quienes el testador no debe porción legítima, y de consiguiente no tiene obligación de instituirlos. Subdiviéndose igualmente los testamentarios en herederos de primer grado y de segundo ó ulteriores grados, los cuales se llaman sustitutos.

4. Pueden ser tambien fideicomisarios, usufructuarios y propietarios: los primeros son aquellos á quienes el testador nombra por herederos para que restituyan la herencia á otro. Los segundos son aquellos á quienes el testador deja el goce del producto de sus bienes; y propietarios son aquellos á quienes deja la propiedad de estos mismos bienes.

5. Puede ser heredero todo individuo ó corporación que no esté comprendida en algunas excepciones establecidas por la ley, la cual escluye á unos por incapaces, y á otros por indignos. La incapacidad puede ser absoluta, es decir, para todos los testamentos, ó respectiva, esto es, en algunos solamente. Tienen incapacidad absoluta los traidores y sus hijos (2); los deportados, los condenados á trabajos

perpétuos en las minas del rey (1); las cofradías y sociedades establecidas contra derecho ó sin aprobación del rey (2); los hereges y apóstatas; los moros y judíos (3). Los que tienen incapacidad respectiva son: los hijos naturales aunque sean legitimados, los cuales no podrán ser instituidos herederos por sus padres, si tuvieren éstos hijos ó ascendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio (4). Los hijos de clérigo, fraile ó monja, no pueden ser instituidos herederos por su padre ni por los parientes de éste (5). El confesor que asista al testador en su última enfermedad no puede heredarle, ni haber manda, fideicomiso ú otra cosa suya, como tampoco su iglesia; incurriendo el escribano que autorizase semejante disposición, en la pena de doscientos ducados y suspensión de oficio por dos años por la vez primera, y por la segunda en doble multa y privación de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de veinte ducados (6). Posteriormente y de resultas de varias dudas ocurridas se amplió la ley recopilada á las herencias dejadas á los confesores, sus parientes, religiones ó conventos, y en caso de contravención heredarán los parientes abintestato (7).

6. Se consideran indignos de heredar: los desheredados por justa causa; el he-

(1) La ley de 4 de Toro permite hacer testamento aun al condenado á muerte civil ó natural; de consiguiente teniendo la testamentificación activa, con mayor razón deben tener la pasiva: siendo de advertir aquí lo que dijimos en otro lugar, á saber: que después de la pragmática de 12 de marzo de 1771 cesó entre nosotros la muerte civil, pues por ella se prohiben las condenas á trabajos forzados por mas tiempo que el de diez años; por cuya razón no existe ya esta incapacidad para heredar.

(2) Ley 4, tit. 3, part. 6.

(3) Ley 17, tit. 7, part. 5.

(4) Leyes 5 y 7, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

(5) Leyes 4 y 5, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.

(6) Ley 15, tit. 20, lib. 10 Nov. Rec.

(7) Real Cédula de 20 de mayo de 1820.

(1) Ley 1, tit. 3, part. 6.

(2) Así dice la ley 2.ª tit. 2, part. 6, disposición por cierto bien inhumana, pero que felizmente no se observa, porque en el dia ninguna pena es trascendental á la familia del delincuente.

redero que hubiese causado ó contribuido á causar la muerte á la persona de cuya sucesion se trata (1); el heredero mayor de veinticinco años, que en caso de muerte airada no entablase accion criminal contra el asesino de la persona á quien hereda, antes de entrar en posesion de la herencia, si la muerte acaeció por causa de algun individuo de la familia; y en el término de cinco años, si fuese por algun extraño (2); el que tuviese acceso con la muger del que le instituyó heredero (3); el que acusare de falso el testamento en que fué instituido heredero, aunque fuese como procurador ó abogado y por sentencia se declarase legítimo, á no ser que hubiese así procedido por mandato ó en beneficio del rey ó de algun huérfano de quien fuese tutor ó curador (4); el que prestare su nombre á un testador para que le instituya heredero con el objeto de recibir la herencia y pasarla despues al que tiene incapacidad legal de heredar (5), el cual, si se descubriere este fideicomiso tácito, tendrá derecho cuando menos á la mitad de los bienes de la herencia (6); el mayor de diez y ocho años que no recogiere á su padre ú otro ascendiente que se hallare en estado de demencia ó imbecilidad, permite que le recoja y cuide un extraño (7); el que hubiere causado ó procurado causar á su hermano la pérdida de la vida ó miembro, ó de la mayor parte de sus bienes (8); el que con la esperanza de heredar impidiere hacer testamento, ó variar el que ya hubiese otorgado el testador, usan-

do de violencias ó de amenazas, y por el contrario el que obligase á otro á testar á su favor, valiéndose de los mismos medios (1); el padre ó madre que permitiese que sea espuesto su hijo legítimo ó natural, pues por solo este hecho pierde todos los derechos que tiene como padre (2); y finalmente la madre y demás parientes del huérfano menor de catorce años, que viendo á éste sin tutor testamentario, no queriendo serlo legítimo ninguno de ellos, no pidiesen oportunamente al juez el nombramiento de tutor dativo (3).

7. La institucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo (4); pues si se hace en éste no valdrá directamente sino como fideicomiso; esto es, se declarará por última voluntad suya, y pasará la herencia al heredero abintestato, quien deberá restituirla al instituido en el codicilo, reservándose la parte que la ley le concede; debiendo advertir, que para que valga esta institucion, es indispensable que en el testamento ruegue ó mande el testador á los que hayan de heredarlo que entreguen la herencia al instituido en el codicilo; pues de otro modo la institucion seria nula, y ni aun valdria por fideicomiso.

8. El testador debe hacer la institucion de heredero en términos claros, designándolo por su nombre y apellido; pero no con palabras que denoten algun defecto infamatorio, porque en tal caso seria nula la institucion (5); como tambien si la hiciese por medio de señas y ademanes, ó dejase el nombramiento á

- (1) Ley 13, tit. 7, p. 6.
 (2) Leyes 13 y 15, tit. 7, p. 6 y 11, tit. 20, lib. 10, N. R.
 (3) Ley 13, tit. 7, p. 6.
 (4) Ley 13, tit. 7, p. 6.
 (5) Dicha ley 13.
 (6) Ley 14 de dicho tit. y p.
 (7) Leyes 5, 6 y 17 del mismo tit. y p.
 (8) Ley 12, tit. 7, p. 6.

- (1) Leyes 26 y 27, tit. 1, p. 6.
 (2) Ley 4, tit. 20, part. 4. y ley 5, art. 25, tit. 37, lib. 7, N. R.
 (3) Ley 12, tit. 16, p. 6.
 (4) Ley 7, tit. 3, p. 6.
 (5) Leyes 8, 10 y 11, tit. 2, p. 6.

voluntad de alguna persona (1). Si el testador se refiriese á alguna memoria testamentaria, en la cual constase el nombre del instituido, será válida la institucion; porque como se deja espuesto en el núm. 19 del capítulo anterior, estas memorias ó escritos se consideran parte del testamento, siempre que no se dude que son del testador (2).

9. Si el testador errase en el nombre del heredero, y creyendo instituir á uno, nombrase á otro, es nula la institucion; lo mismo procede si instituyere á alguno en el concepto de ser hijo suyo legitimado ó adoptivo, ó pariente no siéndolo en realidad, pues en tal caso falta la voluntad; mas los legados y fideicomisos que el testamento contenga, serán válidos, mientras no conste haber padecido igual equivocacion en ellos. Ultimamente, es nula la institucion captatoria, y se llama así la que tiene por objeto obligar á otro á que use de liberalidad con el testador; por ejemplo, si dijese instituyo por heredero á Pedro, en la parte que Pablo me instituya á mí.

10. Puede el testador instituir heredero, no solo simple y absolutamente, sino bajo de alguna condicion; pero si nombrare al heredero simplemente ó de un modo absoluto, no debe imponerle despues condicion ni nombrarle sustituto en el codicilo. Llámase condicion la circunstancia que suspende el efecto de lo que quiere hacerse ó se promete, hasta que se verifique algun acontecimiento futuro.

11. Dividense las condiciones en posibles é imposibles. Posibles son aquellas cuyo cumplimiento no presenta obstáculo alguno insuperable, y al contrario las

imposibles. Estas se subdividen en imposibles por naturaleza ó por derecho, y en imposibles de hecho: de la primera clase son aquellas que la naturaleza misma resiste, como la de tocar el cielo con la mano; por derecho lo son las contrarias á las leyes, á la honestidad, piedad y buenas costumbres; como la de andar desnudo por la calle ó la de no alimentar un hijo á un padre (1). Las condiciones imposibles, ya sean por naturaleza ó por derecho, nada importan en los testamentos; y así, el heredero ó legatario á quienes se imponen, entran desde luego en el goce de la herencia ó manda, como si no existiese semejante condicion (2); mas no sucede así en los contratos, que celebrados bajo condicion imposible son nulos. La razon de esta diferencia consiste en que se supone que los que así contratan hablan de burlas, suposicion que no puede hacerse en la formacion de un testamento, en cuyos momentos suele estar tan próxima la muerte (3). No obstante, las condiciones imposibles de hecho invalidan ó anulan la institucion, y lo mismo sucede con aquellas en tales términos dudosas que se oponen á los fines de la institucion, las cuales se llaman perplejas.

12. Las condiciones posibles se subdividen en varias clases, como son en potestativas, casuales y mistas, necesarias y otras. Llámase condicion potestativa, la que pende únicamente del arbitrio de la persona á quien se impone, y por consiguiente debe cumplirse para que sea válido el nombramiento de heredero (4). Condicion casual es aquella que no depende del arbitrio del hombre sino

(1) Ley 3, tit. 4, p. 6.

(2) La misma ley.

(3) Ley 5, tit. 4, p. 6.

(4) Leyes 12, 14 y 17, tit. 11, p. 5.

(1) Dicha ley 11.

(2) Ley 12, tit. 3, p. 6.

de la casualidad. Esta condicion suspende enteramente la institucion hasta el cumplimiento de ella, y si no se realiza no produce efecto alguno (1), ni trasmite derecho á sus herederos, si falleciese antes de que dicha condicion tuviere lugar (2). Cuando llega á verificarse esta condicion, se considera pura la disposicion en que está puesta, porque la condicion cumplida tiene efecto retroactivo al dia de la disposicion ó contrato. Condicion mista es la que en parte es casual y en parte potestativa: por regla general esta condicion tambien suspende las disposiciones de la última voluntad, hasta que se verifique su cumplimiento (3). Condicion necesaria es aquella que precisamente ha de intervenir para la validez de la institucion, la cual no se suspende porque no puede haber duda sobre su cumplimiento (4). En las instituciones condicionales se admite fianza cuando consiste en el instituido el cumplimiento de la condicion; y dada que sea, percibe la herencia desde luego (5). La condicion de no casarse se tiene por no escrita cuando se impone á un célibe, y con particularidad si fuese muger; pero deberá cumplirse cuando se impone á un viudo. No obstante, si se instituyese ó dejase á una jóven algun legado con la cláusula *mientras se mantenga soltera*, será válido; porque esta condicion no tiende á impedir el matrimonio, sino á prestarle un so-

corro mientras esté destituida del auxilio del marido.

13. Si el testador hace la institucion á dia ó tiempo cierto, como por ejemplo: nombro á Pedro mi heredero desde ó hasta el dia de San Juan de tal año, es válido el nombramiento, mas no la designacion del plazo; á menos que el testador sea militar en servicio activo (1). Lo mismo sucederá si aunque el dia sea incierto se hubiese de verificar forzosamente, como á la muerte de fulano. En tal caso, sea quien fuere el testador, la institucion vale, y el heredero entrará en la herencia, como si no existiese tal cláusula (2).

14. El que se apodera de la herencia sin autorizacion judicial, habiendo otros coherederos, perderá por esto todo el derecho que á ella tenia; mas si carecia de éste deberá restituir cantidad doble de la que hubiere tomado en pena de la intrusion; sobre lo cual procederá breve y sumariamente la justicia, sin forma de proceso, ejecutando la pena con resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, despues de poner en pacifica posesion de sus bienes á los legítimos herederos (3).

15. Hemos dicho en el núm. 3 de este capítulo, que eran herederos forzosos aquellos á quienes el testador debia porcion legítima, y tales son los parientes por línea recta; es decir, los descendientes y ascendientes del testador. De la sucesion de unos y otros hablaremos con la debida separacion en los capítulos siguientes.

- (1) Leyes 14, tit. 11, p. 5 y 8, tit. 4, p. 6.
- (2) Ley 26, tit. 5, p. 5.
- (3) Leyes 14, tit. 4 y 22, tit. 9, p. 6.
- (4) Ley 8, tit. 4, p. 6.
- (5) Leyes 7 y 14, tit. 4 y 22, tit. 9, p. 6.

- (1) Ley 13, tit. 3, p. 6.
- (2) Dicha ley 13.
- (3) Ley 3, tit. 34, lib. 11, N. R.

CAPÍTULO III.

DE LA SUCESION TESTAMENTARIA DE LOS DESCENDIENTES A LOS

BIENES DE SUS ASCENDIENTES.

1. En la línea recta es preferible la de los descendientes legítimos.
2. Entre los descendientes ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador sin distincion de sexo.
3. Se resuelve la cuestion siguiente ¿cuándo se tendrá á un hijo por concebido durante el matrimonio, y de consiguiente por legítimo?
4. Precauciones para asegurar la legitimidad del parto.
- 5 y 6. El hijo que da á luz una viuda casada en segundas nupcias á los diez meses del fallecimiento de su primer esposo, y á los siete de haber contraido su segundo matrimonio ¿será fruto de éste ó del primero?
7. Caso de que el abuelo hubiese tenido de muger soltera ó viuda un hijo natural.
8. Tambien se consideran como hijos legítimos los que proceden de padres infieles, que despues se ha convertido.
9. La institucion que los padres deben hacer en sus hijos es la directa, sin condicion de gravámen.
10. Lo mismo se entiende con los demás descendientes legítimos del testador.
11. Porcion de bienes que deben dejar á sus descendientes.
12. No está el padre obligado en vida á dar su legítima al hijo, porque no se les debe hasta despues de la muerte de aquel; pero puede hacerlo si quiere.
13. La legítima hecha en vida por el padre á los hijos casados ó emancipados puede ser irrevocable.
14. A falta de hijos legítimos, entran en la herencia los naturales legitimados, y algunas veces los que no lo están.
15. El legitimado puede ser mantenido aunque existan ascendientes legítimos.
16. Si no se hiciere mencion en el testamento del hijo natural no legitimado, es carga de los herederos el consignarle alimentos.
17. El hijo natural no legitimado que ha sido desheredado por su padre, no tiene accion alguna contra su testamento.
- 18 y 19. Doctrina acerca de la sucesion de los hijos espúrios.
20. Advertencia acerca de los hijos ilegítimos de todas clases.

1. Aunque se dijo en el capítulo anterior que eran herederos forzosos los parientes por línea recta del testador, debe sin embargo tenerse presente que la línea de los descendientes legítimos es preferida; de modo que habiendo alguno de ella, excluye á todos los que se hallan en las otras.

2. Entre los descendientes ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador, sin distincion de varones y hembras. En el libro 1.º dije que habia tres clases de hijos legítimos; á saber: unos procreados y nacidos durante el matrimonio verdadero de sus padres legítimamente casados, aunque despues resulte entre ellos algun impedimento canónico que se ignoraba; otros que debieron el ser á un soltero y una soltera, libres de impedimento canónico para contraer, y cuyos padres se casaron despues de procreado el hijo, el cual se legitima por el subsiguiente matrimonio. Tambien se reservó en el mismo libro 1.º para este lugar, como

mas oportuno, la resolución de algunas dudas acerca de la legitimidad de los hijos atendido el tiempo de su concepcion, para no perjudicar en sus derechos hereditarios á los verdaderos descendientes ó ascendientes del testador.

3. A consecuencia, pues, de lo dicho en el párrafo anterior, voy á resolver primero la cuestion siguiente: ¿Cuándo se tendrá á un hijo por concebido durante el matrimonio? La ley de Partida dice que se le considerará como tal, si nace á los seis meses y un dia cuando menos despues de contraído aquel, y á los diez meses cuando mas, sin exceder un solo dia de este término despues de disuelto, con tal que los cónyuges viviesen juntos (1). Restringir así las leyes de la naturaleza, es un gravísimo inconveniente; pues se han visto partos naturales y legítimos de mas y aun de menos tiempo que el designado por esta ley de Partida. Así es que los tribunales suelen, á pesar de esta disposicion tan terminante, mitigar su rigor en beneficio de los hijos nacidos despues de los diez meses, teniendo en cuenta la conducta de la madre, y las causas internas ó externas que hayan podido influir en el atraso del parto.

4. Puede la muger asegurar la legitimidad del mismo aun cuando se verifica despues del décimo mes, si creyéndose en cinta á la muerte del marido, denunciase la preñez á los parientes de éste que puedan tomar todas las precauciones convenientes, á fin de evitar todo fraude, con arreglo á las formalidades establecidas por la ley, ó por la costumbre de la tierra. Si el hijo naciese dentro de los diez meses desde la muerte de su padre, será tenido por legítimo, y esto se entiende aun cuando no se hubiese de-

nunciado la preñez á los parientes del difunto, con tal que se pruebe la realidad del parto y la identidad del hijo (1). *

5. Es tambien objeto de duda é investigacion la procedencia del hijo que una viuda casada en segundas nupcias tuviese á los diez meses del fallecimiento de su primer esposo, y á los siete de haber contraído su segundo matrimonio; pues puede suponerse fruto tanto del primero como del segundo. Los autores para decidir esta cuestion, han inventado una multitud de sistemas mas ó menos acertados; queriendo favorecer unos al hijo le dan doble paternidad y de consiguiente derecho á la herencia de los dos; otros por el contrario no le dan por padre á ninguno de ellos, ni derecho á sus herencias; y otros en fin, quieren decidir la partenidad por el medio pueril y ridículo de la semejanza de la criatura con alguno de ellos.

6. En vista de tan encontrados pareceres, la equidad aconseja que se favorezca al hijo en cuanto sea posible, teniendo siempre en cuenta lo mas probable y lo que con mas frecuencia sucede. Así pues, si el marido al tiempo de su muerte se hallaba en estado de cohabitar con su muger, y el hijo nació poco despues de los seis meses de celebrarse el matrimonio saliendo bien organizado y formado, la presuncion de la paternidad en este caso estará á favor del primer marido. Pero si el parto ocurriese en el octavo ó en el noveno mes del segundo matrimonio, la presuncion de paternidad estará entonces á favor del segundo marido, y mucho mas si hubiese sospechas de no haber el primero podido cohabitar con su muger en sus últimos dias por su

(1) Ley 4, tit. 23, p. 4.

(1) Ley 3, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real y 17, tit. 6, p. 6.

enfermedad, por ausencia ó por su avanzada edad. Últimamente, cuando ocurra algun caso de esta naturaleza, deben examinarse bien todos sus pormenores, oyendo en caso necesario el dictámen de facultativos, y atribuyendo la paternidad al segundo marido en igualdad de circunstancias.

7. Si el abuelo hubiese tenido de mujer soltera ó viuda algun hijo natural, y éste tuviese despues otro hijo legítimo, muerto dicho hijo natural y casándose el abuelo con aquella muger de quien lo tuvo, el nieto se legitimará para con su abuelo, y como legítimo le sucederá del mismo modo que si el matrimonio se hubiese verificado en vida del padre de su nieto.

8. Tambien se consideran como hijos legítimos los que proceden de padres infieles, que despues se convierten á la religion católica, aunque estén en grado prohibido por derecho canónico; porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no están sujetos á las leyes canónicas hasta que se reducen al gremio de la Iglesia (1).

9. La institucion que los padres deben hacer en sus hijos, es la directa, y no la indirecta ó por fideicomiso. Llámase directa, cuando en su virtud puede admitirse ó pedirse la herencia sin ministerio de otra persona, é indirecta siempre que es precisa la intervencion de tercero. Tambien ha de ser dicha institucion íntegra y sin condicion ni gravámen, por lo cual no admite coherederos estraños (2): únicamente respecto del póstumo se verifica haber una condicion tácita, y es

la que se haya de realizar su nacimiento.

10. Lo dicho hasta aquí se entiende no solo de los hijos legítimos propiamente tales, sino tambien de los nietos, biznietos y demás descendientes directos del testador, todos los cuales son sus herederos forzosos en su caso, escluyendo los de grados mas próximo á los mas remotos. Así en caso de tener hijos vivos, no podrá instituir por sus herederos á sus nietos, sino que dichos hijos distribuirán entre sí la herencia por partes iguales [salvas las mejoras de que se hablará en el capítulo siguiente], y esto es lo que se llama heredar *in capita*, ó *por cabezas*. No obstante, si los nietos del testador fueren descendientes de algun hijo suyo ya difunto, deberá el abuelo instituirles en la parte que corresponderia á su padre si viviera, y ésta la dividirán entre sí á partes iguales; de modo que entre todos juntos en representacion de su padre muerto herederán tanta porcion como cada uno de sus tios: esto es lo que se llama heredar *por stirpes*.

11. Habiendo esplicado el orden y forma en que el testador debe instituir á sus descendientes legítimos, paso á tratar de la parte de la herencia que debe dejarles. La ley 17, tit. 1, part. 6, que daba en este particular bastante amplitud á los ascendientes, fué modificada por otras del Fuero Real que solo les concedian la facultad de disponer libremente de un quinto de su caudal en vida, y de otro en muerte (1); pero despues la ley 28 de Toro redujo la facultad de dichos ascendientes á disponer en vida ó muerte de solo un quinto, prohibiendo que la suma empleada en ambas ocasiones pudiese exceder de la cuota referida (2).

(1) Cap. gaudemus 15. Qui filii sint legítimi.

(2) Leyes 7, tit. 1, part. 6. lib. 3 del Fuero Real. Leyes 17, tit. 1, 4 y 7, tit. 11; y 11, tit. 4, part. 6.

(1) Lib. 9, tit. 5, y 7 tit. 12, lib. 3 del Fuero Real.

(2) Ley 8, tit. 20, lib. 10, N. R.

Por consiguiente todos los bienes del ascendiente, excepto el espresado quinto, forman la *legítima* de sus descendientes, y se llama así porque está designada por la ley, y el testador no puede defraudarlo en la parte mas mínima de ella. Llámase legítima *plena ó completa* cuando toda la herencia se distribuye por igual entre los descendientes; y corta ó diminuta cuando algunos de éstos reciben con el menoscabo del tercio, por haber el descendiente mejorado en él á otro ú otros. Y como al mismo tiempo es libre el padre en dejar el quinto de sus bienes á un extraño, con mayor razon puede disponer de él en favor de alguno ó algunos de sus hijos, aun cuando lo haya mejorado en el tercio, y esto es lo que se llama mejorarlo en tercio y quinto; de lo cual se tratará con mas estension en el capítulo siguiente. Es de advertir además que si existiesen descendientes legítimos han de deducirse del quinto los gastos de funeral, misas, entierro y legados (1), aunque el testador lo hubiere prohibido espresamente. Pero si testase entre extraños se sacarán dichos gastos del cuerpo de la herencia, á menos que el testador dispusiere lo contrario.

12. No se debe á los hijos su legítima hasta despues de la muerte de su padre, y así no está obligado á dársela en vida; pero puede hacerlo si quisiere, porque aquel plazo hasta despues de la muerte se estableció en favor suyo, y por consiguiente puede renunciar á él. Sin embargo, no deberá entregar la legítima en vida si hubiere peligro en que redunde en perjuicio del mismo hijo, por ejemplo si éste fuere menor ó pródigo. A consecuencia de las amplias facultades que en esta materia tiené el padre, puede tam-

bien hacer en vida la distribucion de las legítimas, y aun revocarla despues de hecha y de entregados los bienes, á menos que espresé su voluntad de que sea irrevocable. Haciéndolo así será considerado el acto como una donacion entre vivos; pero de lo contrario no tendrá otro concepto que el de última voluntad anticipada, y es bien sabido que las últimas voluntades son revocables hasta la muerte.

13. Entiéndese lo dicho en el número anterior sobre hacer irrevocable para siempre la entrega de la legítima, respecto de los hijos casados ó emancipados, á quienes por la entrega que les hace de los bienes, se trasfiere el dominio de ellos; mas no respecto de los hijos que existen bajo la patria potestad; pues siendo por derecho nula la donacion que hace á éstos (1), es consiguiente que pueda revocarse la entrega que les haya hecho de los bienes de su legítima.

14. A falta de hijos legítimos entran en la herencia de sus padres los naturales legitimados y algunas veces los que no lo están, anteponiéndose á la línea de los ascendientes. Esta es la razon de anticipar algunas nociones sobre la sucesion de los mismos, antes de haber tratado de la de los ascendientes, reservando para el título de sucesiones intestadas toda la doctrina legal acerca de la sucesion de los hijos ilegítimos á los bienes de sus padres.

15. Faltando los hijos legítimos puede el legitimado heredar á su padre como hemos dicho en el número anterior, y éste puede instituirlo por heredero aunque tenga padre ú otros ascendientes legítimos ó parientes, porque en todo es tenido por legítimo para la sucesion, por

(1) Ley 30 de Toro.

(1) Ley 3, tit. 4, part. 5.

consiguiente puede, si fuese preferido, pedir la nulidad del testamento; y quejarse usando de los remedios concedidos á los legítimos, si fuese desheredado sin justa causa. Pero si la legitimacion se coarta y limita á suceder por testamento, sin perjuicio de los descendientes ó ascendientes, ó en aquello que quisiere su padre, ni perjudicará á aquellos en el primer caso, ni sucederá contra la voluntad de su padre en el segundo. Si en la legitimacion se espresare que suceda sin perjuicio de los herederos abintestato, podrá heredar por testamento el legitimado, no habiendo legítimos; pero en la sucesion intestada no podrá escluir á otros que al fisco y á la viuda. Si la legitimacion se anulare ó se declare sin ningun valor ni efecto, pertenecerá la herencia á los herederos abintestato y no recaerá en el fisco, debiendo aquellos entregar puntualmente los legados.

16. Los hijos naturales no legitimados pueden tambien ser instituidos herederos á falta de legítimos, dejándoles el padre la parte que gustare de sus bienes, aun cuando tenga legítimos ascendientes (1), y si no hiciere mencion de ellos en el testamento, es carga de los herederos el consignarles alimentos, cuya regulacion ha de ser á juicio de hombres buenos (2). La misma facultad tienen los abuelos en beneficio de sus nietos naturales. En orden á la madre rige diferente doctrina; pues los hijos naturales son sus herederos forzosos á falta de legítimos por testamento y abintestato; por consiguiente si careciendo de legítimos, no hace mencion en su testamento de los hijos naturales, ó los deshereda injustamente, podrán éstos anularlo del mismo

modo que los primeros; aunque subsistirá la institucion en cuanto al quinto, pues en lo que haya lugar debe cumplirse la voluntad de la testadora.

17. De lo dicho en el párrafo anterior se deduce claramente que, si en su última disposicion escluye el padre de la sucesion de sus bienes á sus hijos naturales no legitimados, ó los deshereda, no les corresponde accion alguna contra su testamento; y si el heredero nombrado por el padre renuncia su herencia, recaerá en los ascendientes legítimos de éste, y no pasará á los hijos naturales; por cuanto la herencia repudiada no se transmite al que por su incapacidad legal es un extraño en la sucesion. Ultimamente, si los padres tuvieren descendientes legítimos, podrán heredar los hijos naturales *por testamento* el quinto de sus bienes.

18. Tratando ahora de los hijos espúrios, debe saberse que éstos tambien se legitiman por rescripto del príncipe, llamado *dispensacion*. Los que obtuvieren esta gracia podrán heredar á su padre, y éste instituirlos aunque tenga legítimos ascendientes, pues en virtud de ella consiguen todos los derechos del natural legitimado, á excepcion de la nobleza y preeminencias de sus padres si en el mismo rescripto no se espresa. Los hijos espúrios que no hubieren obtenido dispensacion, podrán heredar de su padre *por testamento* el quinto de sus bienes si tuviere herederos forzosos ascendientes ó descendientes, y lo mismo de la madre, habiendo hijos legítimos, excepto los espúrios procedentes de clérigo ordenado *in sacris*, fraile ó monja profesa, pues á éstos nada pueden dejar el padre ni la madre (1). Pero si no hubiere hijos legítimos, la anterior disposicion aunque es

(1) Ley 6, tit. 20, lib. 10, N. R.

(2) Ley 8, tit. 18, part. 6.

(1) Ley 5, tit. 20, lib. 10, N. R.

la misma con respecto al padre, relativamente á la madre es muy diversa; pues en este caso la herederá el hijo espúrio por testamento y abintestato con solas dos excepciones: 1.ª Si por haberle tenido incurrió en pena de muerte, en cuyo caso podrá dejarle el quinto de sus bienes: 2.ª Si lo es de clérigo de orden sacro ó fraile profeso, pues entonces nada podrá legarle como se ha indicado (1).

19. Los hijos espúrios pueden á su arbitrio disponer del quinto que les deja el padre, en los casos en que éste puede hacerlo, con las excepciones siguientes: 1.ª Cuando de la tácita ó espresa voluntad del testador se colige que no quiso pasase el quinto á los herederos del hijo espúrio: 2.ª Cuando le hace algun legado de renta anual por los dias de su vida: 3.ª Cuando impone al hijo espúrio la obligacion de restituir á otro despues de su muerte los bienes que le deja

por via de alimentos, en cuyo caso no puede disponer del sobrante de los mismos. Si el espúrio no dispusiere del quinto que le adjudicaron por via de alimentos, pasará á sus herederos, y no volverá á los de su padre.

20. Acerca de los hijos ilegítimos de todas clases deben por último hacerse dos advertencias: 1.ª Que aunque el padre declare en su testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no están obligados los herederos á entregárselo, á menos que lo justifiquen por otros medios legales; porque se presume lo hace por beneficiarlos, perjudicando á los herederos legítimos: 2.ª Que la ilegitimidad no inhabilita á los que la tienen para ejercer cualquier oficio ó arte indistintamente, excepto los empleos de juez ó escribano, segun la ley 9, tít. 23, lib. 8, Nov. Rec., la cual deroga cuantas leyes, sentencias, estatutos, usos y costumbres sean contrarios á esta declaracion.

(1) Ley 5, tit. 20.

CAPÍTULO IV.

DE LAS MEJORAS.

1. Utilidad de las mejoras.
2. Su definicion y sus diferentes especies.
3. ¿Quiénes pueden hacer mejoras?
- 4 y 5. El padre no puede mejorar á su hija legítima por razon de dote ni de casamiento; pero sí á la hija natural; razones de esta diferencia.
6. ¿A qué tiempo deberá atenderse para ver si cabe la dote en la legítima de la hija, supuesto que no puede ser mejorada por razon de casamiento?
7. La facultad de mejorar se estiende á los abuelos respecto de los nietos. ¿Si podrán aquellos mejorar á las nietas por razon de dote ó casamiento.
8. La expresada prohibicion que tienen los padres de mejorar á las hijas se entiende por contrato en sanidad, mas no por testamento, pues en él pueden hacer mejoras en favor de las mismas.
9. Si el ascendiente no tuviere mas que un hijo ú otro descendiente legítimo, no puede mejorar á éste ni á nadie, excepto en los casos que allí se citan.
10. Caso en que se considera removido el gravámen de restitucion impuesto en el tercio por el padre.
11. El que mejora en términos genéricos, se entiende que lo hace en tercio y quinto.
12. Compete la facultad de mejorar al padre á sus hijos legítimos, aun cuando éstos sean habidos en diferentes matrimonios, y aun en el caso que se deba á la muger pobre la cuarta marital.

13 al 19. De los pactos que suelen hacer los descendientes de mejorar ó no mejorar á sus descendientes.

20. Las madres y abuelas pueden hacer mejoras cuando sus bienes son libres de tal suerte que el marido no tenga el usufructo de sus bienes, y aun teniéndolo podrán hacerlo en los casos y términos que allí se espresan.

21. El testador puede designar por sí mismo la finca ó fincas de la mejora; pero no puede encargar á otra persona esta designacion.

22. Habiendo señalado el testador en bienes determinados la mejora, se han de entregar al mejorado los mismos bienes en que se la designó.

23 y 24. Las mejoras pueden hacerse, no solo en términos espresos, sino tambien tácitamente. Ejemplos de estas mejoras tácitas.

25. La finca poseida por el padre con el gravámen de restitucion no se toma en cuenta para las mejoras.

26. El mejorado en tercio y quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora.

27. De el derecho de acrecer en las mejoras.

28. Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura entre vivos á alguno de los legítimos descendientes, y á otro por testamento, sin disponer del tercio serán válidas dichas mejoras ¿por qué?

29. El mejorado en tercio y quinto que recibió en vida los bienes de su mejora estará obligado á pagar el funeral del mejorante, pero no los legados.

30. De la revocacion de las mejoras. ¿Si podrá haber mejora irrevocable respecto del quinto.

31. De los excesos porque pueden revocarse las mejoras.

32. La facultad de revocar estas mejoras por dichas causas corresponde al mejorante por ser personal; ¿y cuándo pasa á sus herederos?

33. De la revocacion de las mejoras del tercio que dimana de la libre y espontánea voluntad del mejorante.

34. La revocacion puede hacerse de dos modos, á saber: por palabras espresas ó de hecho.

35 al 39. Casos en que se presumen ó no revocables las mejoras.

40. Casos de revocacion en que el mejorado está obligado á restituir los frutos además de la cosa en que consiste la mejora.

41. Cuatro casos en que la mejora es irrevocable.

1. Para apreciar en su justo valor la utilidad de esta institucion, basta considerar el grande influjo que en la sociedad civil ejerce la sociedad de las familias, y el importante oficio de la autoridad paterna, de esta magistratura doméstica que en muchos casos vendria á ser ilusoria, si la ley no pusiese sábiamente en su mano medios para premiar las virtudes de sus hijos, ó para castigar sus vicios. Es cierto que el padre tiene ya la facultad de desheredar, cuando aquellos incurren en alguna de las justas causas que señala el derecho; empero esto no basta, porque hay defectos que merecen castigo, y que sin embargo no son causa suficiente para la desheredacion. Las mejoras, pues, llenan hasta cierto punto semejante vacío, y éste fué el objeto que el legislador se propuso en su institucion.

2. Llámase mejora la porcion de bienes que el testador deja á alguno de los descendientes, y que no se debe por legítima. La mejora puede ser espresa ó tácita. Espresa es cuando se emplea la palabra *mejora* ú otra equivalente: tácita cuando se hace simple donacion por mera liberalidad; en cuyo caso se considera mejora, y no debe rebajarse la legítima del agraciado. Divídese tambien la mejora

en *simple y condicional*. Es simple la que se hace absolutamente, y condicional la que lleva consigo alguna condicion ó carga. Las mejoras pueden hacerse ó en testamento ó por contrato entre vivos.

3. Los ascendientes directos pueden mejorar por una sola vez en vida ó muerte á alguno de sus descendientes legítimos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes, ó solo en el tercio: en el primer caso se llama mejora de tercio y quinto; pero entiéndase que este tercio y quinto ha de ser uno solo en vida y muerte; de modo que si el ascendiente testador mejorase á dos ó mas segun puede, y no señalare á cada uno la parte ó cuota que ha de percibir de la mejora, deberá dividirse igualmente entre ellos.

4. La facultad que tienen los padres de mejorar está restringida por la ley respecto de sus hijas legítimas, á quienes no pueden hacer mejora ni prometérsela con título de tal por razon de dote ó de casamiento, ni aun cuando les prometan el tercio ó quinto, se entienden mejoradas en ello tácita ni espresamente por contrato entre vivos (1): lo cual procede ya sea la hija casada ó soltera, y se la entreguen antes de casarse, ó despues de casada los bienes por via de aumento de dote; ya se haga la mejora por contraer matrimonio, ó para abrazar el estado religioso.

5 No obstante la doctrina sentada en el párrafo anterior; podrá el padre en opinion de algunos graves autores mejorar por via de dote á su hija natural, no teniendo hijos legítimos, por las consideraciones siguientes: 1.ª Por que la ley prohibitiva habla de las hijas legítimas, y no de las naturales: 2.ª Por cuanto á éstas no se debe la legítima como á aque-

llas ni son herederas de sus padres contra la voluntad de éstos, ni tienen mas derecho que el quinto por viâ de alimentos; por consiguiente, habiendo esta razon de diferencia parece que no debe entenderse la prohibicion á las hijas naturales: 3.ª Por que no teniendo los hijos naturales como los legítimos facultad de revocar la donacion ilimitada que haga el padre de todos sus bienes, mucho menos la tendrán para revocar la mejora que es limitada, y así ningun perjuicio se sigue al hermano natural de la mejorada en caso de haberla.

6. Como los padres no pueden mejorar á la hija legítima por via de casamiento, es preciso examinar á qué tiempo deberá atenderse para ver si cabe la dote en la legítima de aquella. Algunos autores opinan que puede la hija elegir la época en que se dió la dote, ó la de la muerte del padre; pero la opinion mas equitativa es la que debe atenderse al tiempo de la muerte de éste, y no al de la constitucion de la dote: lo 1.º Porque ésta es una anticipacion hecha por el padre, á cuenta de la legítima que debe percibirse al tiempo de la muerte del padre: 2.º Porque si aumentándose las facultades del padre dotante puede pedir la hija el suplemento de su legítima, y se le debe dar; tambien disminuyéndose ó no cabiendo en ella tanta dote, debe sufrir su disminucion y entenderse dotada entonces, pues quien está á la utilidad, debe tambien estar á las pérdidas: 3.º Porque la ley de la Novísima Recopilacion en que se prescribe la cantidad respectiva que pueden los padres dar en dote, se estableció para que los demás hijos no fuesen perjudicados en sus legítimas, haciéndose de peor condicion que la dotada, y si á ésta se le permitiese la eleccion, seria un medio indirecto de frustrar

(7) Ley 6, tit. 3, lib. 10, N. R.

el objeto de dicha ley. Solo en dos casos podrá ser justo que se atienda al tiempo de la dacion de la dote, y no al de la muerte del dotante: 1.º Cuando al casar el padre á su hija ó dotarla cabe la dote en la legítima completa, y la hija renuncia al aumento que pudiera corresponderla por el que recibiesen en lo sucesivo los bienes paternos, contentándose con dicha dote por todo su haber, y obligándose con juramento á no pretender nunca el suplemento de aquella: 2.º Cuando le cabia la dote á tiempo de darse ú ofrecerse y al de la muerte de su padre, considerados todos los bienes de éste, pero que por mejorar á alguno de los otros hijos resulta aquella excesiva; pues no parece justo que esta disposicion paternal la perjudique, y obligue á restituir lo que poseyó legítimamente.

7. La facultad de mejorar se estiende tambien á los abuelos respecto de sus nietos y demás descendientes legítimos, no solo en el quinto sino hasta en el tercio de sus bienes, aun cuando sus hijos, padres de los referidos nietos, estén vivos; y no solo pueden mejorar á uno, sino á dos ó mas nietos con tal que quede alguno sin mejorar; pues la mejora supone predileccion. Mejorando á un nieto cuyo padre fuere disipador, puede el abuelo privar á éste del manejo de los bienes que constituyen la mejora, siempre que haga constar aquel defecto; pero no del usufructo de los mismos bienes, el cual pertenece en todo caso al padre del nieto mejorado. Dúdase si la ley prohibitiva de mejorar por via de dote ó casamento á las hijas, comprende al abuelo respecto de sus nietas. La opinion mas fundada es que si la nieta fuere hija de hija, no podrá su abuelo mejorarla, por la regla general de que estando uno privado de suceder, lo están tambien sus

descendientes; pero si la nieta fuere hija del hijo, podrá mejorarla porque sucede en los derechos de su padre, quien como varon no debe estar comprendido en una ley que solo habla de las hembras.

8. Aunque queda sentado que las hijas legítimas no pueden ser mejoradas en tercio y quinto, ni otra cosa alguna por sus padres, tácita ni espresamente á causa de la prohibicion de la ley; se limita esto al tiempo y caso de que habla la misma, esto es, por contrato en sanidad, pero no por testamento ó por otra última voluntad; pues, en, esto no solo pueden hacerlas legados como á los demás hijos, sino tambien mejoras; y pueden así mismo confirmar la dote inoficiosa hecha sin sospecha de fraude, mandando que la hija la lleve íntegra, en cuanto quepa en el tercio, quinto y legítima. La razon de esta diferencia consiste en que si las mejorase en contrato, como éste es irrevocable, segun las leyes 17 y 22 de Toro, se causa grave daño, no solo al mejorante, por cuanto queda privado de sus bienes sin poder reclamar ni arrepentirse, sino á los demás hijos, porque son defraudados en sus legítimas; al contrario haciéndolo en testamento ú otra última voluntad; pues puede enmendar, revocar y anular la mejora hecha en aquel, y ningun perjuicio se le causa, por no surtir efecto hasta despues de su muerte.

9. Si el ascendiente no tuviere mas que un hijo ú otro descendiente legítimo, no puede mejorar á éste ni á nadie en el tercio de sus bienes, ni imponerle gravámen alguno, á menos que siendo el hijo mayor de veinticinco años, consienta en ello con juramento de no reclamar. La razon es, porque el único descendiente en el grado mas próximo ha de suceder forzosamente en todos los bienes de su ascen-

diente á excepcion del quinto. No obstante, si un padre mejorase á su hijo único bajo la condicion de *si tuviere otro ú otros hijos*, será válida la mejora; porque el acto que puede hacerse puramente, es tambien ejecutable bajo condicion.

10. Si el padre mejora á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes por última voluntad, y le impone el gravámen de restituirla á otro hijo y descendiente en época determinada, y despues en el artículo de la muerte hace simplemente la mejora en favor de otro hijo, quedará removido el gravámen impuesto al primero; porque en el hecho mismo de no haberlo espresado, se entiende haber sido su voluntad removerlo.

11. Mejorando genéricamente el padre á un hijo en contrato ó última voluntad, sin espresar si es en el tercio ó en el quinto, diciendo solamente: *mejoro á mi hijo fulano*, lejos de viciarse esta mejora por la incertidumbre que trae consigo, es valida, y se entiende mejorado el hijo en tercio y quinto, que es cuanto la ley le permite; la razon es, porque segun un axioma de derecho, lo favorable debe entenderse con toda amplitud.

12. Compete la facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos aunque sean habidos en diferentes matrimonios, y aun en el caso de que siendo el padre rico y la muger pobre, se deba dar á ésta la cuarta parte de los bienes del marido que la ley le concede.

13. Pasemos ahora á tratar de los pactos que suelen hacer los padres de mejorar ó no mejorar. Como los contratos reciben su fuerza y valor del convenio de los contrayentes, cuando el ascendiente promete absolutamente mejorar ó no mejorar á alguno ó á algunos de sus descendientes, y sobre esto se otorga escritura pública (no bastando

la privada) deberá cumplirlo, pues así está prevenido por ley (1): lo cual procede, ya se haga el contrato oneroso con un tercero, ó con el hijo solamente.

14. Si el padre prometiére por razon de casamiento ó por contrato oneroso no mejorar á hijo alguno, aceptando su hija y yerno la promesa, aunque despues falte á ésta, parece que solo estará obligado á resarcir el perjuicio; pues en las obligaciones de hacer ó no hacer se cumple con el resarcimiento de daños é intereses en caso de contravencion; por consiguiente no podrá exigirse de él que cumpla el pacto, sino solo que reintegre á la hija de lo que la hubiere correspondido si aquel no se hubiese quebrantado. Pero si el pacto de no mejorar fué espontáneo de parte del padre, sin mediar otra causa mas que su voluntad dirigida á que todos sus hijos consiguiesen su legítima íntegra y completa, deberá observarse el referido pacto.

15. Si el interesado en el pacto de no mejorar consiente en la renuncia de este beneficio, queda espedita al padre la facultad de hacer la mejora á favor de otro hijo; á menos que dicho interesado falleciere en vida de su padre dejando hijos ó descendientes, pues entonces el padre no puede mejorar á otro.

16. Cuando los ascendientes prometen mejorar á un hijo, y este muere sin haber renunciado á dicho beneficio, si no dejare descendientes pueden aquellos mejorar á otro hijo; pero si al contrario dejare sucesion, no podrán mejorar sino á estos nietos, los cuales entran á ocupar el lugar de su difunto padre, y suceder en el derecho que le correspondia; por lo que se dividirá entre ellos la mejora, sin que la pueda llevar uno solo; lo cual

(1) Ley 6, tit. 6, lib. 10, N. R.

procede no obstante la ley 18 de Toro que permite al abuelo mejorar á cualquiera de sus nietos, ya esté ó no vivo el padre de éstos, pues la disposicion de esta ley se entiende en el caso de que no haya procedido el pacto de no mejorar.

17. Aunque el padre y la madre prometan por causa onerosa no mejorar á sus hijos ni descendientes en el tercio y quinto de sus bienes, pueden disponer de este último por su alma, á favor de causas pias ó en lo que quisieren; porque en este caso solo el tercio es legítima necesaria de todos los hijos.

18. Suscítase la cuestion de si será válida la promesa que haga el padre á la hija de no mejorar á los demás hijos. La mayor parte de los autores dicen que no, porque consideran esta promesa como una mejora indirecta á la hija, y segun la Pragmática llamada de Madrid (1), no puede ser mejorada por ningun género de contrato entre vivos tácita ni expresa, ni directa ni indirectamente. Sin embargo, no me parece bien esta opinion, porque no considero como mejora semejante promesa, la cual por el contrario establece igualdad entre los hermanos, y por tanto recibiendo todos iguales partes, es evidente que la hija no está mejorada.

19. Prometiendo por causa onerosa ó simplemente el padre ó la madre en escritura pública no mejorar á alguno de sus hijos, no pueden mejorar tampoco á sus nietos ni á otro descendiente de estos hijos; porque se comprenden siempre en el nombre de hijos los nietos y demás descendientes. Por consecuencia, si faltando á dicha promesa hicieren la mejora, será ésta nula; así como por el contrario si habiendo prometido mejorar por causa onerosa no cumplieren la pro-

mesa en su testamento, se tendrá por hecha la mejora (1); y habiéndose pactado que ésta fuese simple y absoluta, no podrá despues ser gravada de modo alguno. Pero se pregunta ¿puede ser mejorado el hijo á quién se hizo la promesa de no mejorar? Es indudable que sí; porque la obligacion que el padre ha contraído de no mejorar, se entiende únicamente con respecto á los demás hermanos.

20. Aunque las madres y abuelos no pueden mejorar á hijo ni descendiente alguno suyo por contrato sin licencia de su marido, tienen facultad de hacerlo cuando sus bienes son libres, de tal suerte que el marido no tiene el usufructo de ellos; y aun en el caso de pertenecerle éste, tambien valdrá la mejora y no podrá revocarse mediando entrega de los bienes en que consiste, ó haciéndose por contrato oneroso con tercero; aunque no por eso podrá privarse al marido del usufructo de dichos bienes, que le corresponde para soportar las cargas matrimoniales. La madre ó abuela viuda, como que ya no está en el caso de necesitar la espresada licencia, podrá mejorar á su arbitrio, ó confirmar la mejora que tuviere hecha en vida del marido, y sin esta confirmacion no será válida; advirtiéndose que aun cuando la muger casada para hacer la mejora renuncie la ley 55 de Toro, por la cual se le obliga á pedir licencia á su marido, no valdrá aquella, por cuanto las renunciaciones han de ser de lo favorable y no de lo adverso.

21. El testador puede designar por sí mismo la finca ó fincas de la mejora, y el dinero con que deberá satisfacerse; pero no le es permitido cometer esta facultad á ninguna otra persona (2). La ra-

(1) Ley 6, tit. 3, lib. 10, N. R.

(1) Ley 6, tit. 6, lib. 10, N. R.
(2) Ley 3, tit. 6, lib. 10, N. R.

zon que tuvo la ley para esta prohibicion fué la de que ninguna persona mejor que el padre conoce las necesidades de sus hijos, y porque éstos deben respetar su voluntad; pues si semejante facultad se concediese á un estaño, no lograria contentarlos, y daria lugar á funestas discordias. Algunos intérpretes escluyen al hijo de la terminante prohibicion de la ley; mas nosotros creemos que esta opinion es contraria á su espíritu y letra; porque la ley manifiesta claramente querer limitar á solo el testador la facultad de designar, y porque si se concediese al hijo el que designase los bienes en que habia de consistir su mejora, es probable que eligiese siempre lo mejor, resultando de este modo dos veces mejorado, lo cual indudablemente ocasionaria altercados y disputas entre los hermanos.

22. Habiendo señalado el testador en bienes determinados la mejora del tercio y quinto, ó del uno de éstos solamente, se han de entregar al mejorado los propios bienes en que se la designó y no pagársela en dinero; á menos que estos bienes excediendo su valor á la mejora, no admitan cómoda division, ó no puedan dividirse sin detrimento suyo; en cuyo caso los demás coherederos no están obligados á dar precisamente en dinero al mejorado el importe de la mejora, sino que la pagarán en dinero ó en otros bienes de la herencia segun quisieren, pues la ley lo deja á su arbitrio, respecto á que no dice que *deben* sino que *puedan* satisfacerla en dinero (1). Si no hubiere designacion de fincas para la mejora, se ha de pagar ésta en la parte de la hacienda que dejare el testador (2).

23. Las mejoras pueden hacerse no

solo en términos espresos, como las de que hemos hablado, sino tambien tácitamente. Hay mejora tácita cuando el padre entrega al hijo emancipado cierta cantidad para que plante viña ú olivar, ó fabrique edificio en terreno suyo; ó cuando compra alguna cosa á nombre del hijo y se la entrega. Lo mismo procede cuando la madre no teniendo ni administrando bienes del hijo le da alimentos; pues se presume que lo ejecuta movida de piedad y con ánimo de hacerle donacion. Se entiende tambien que hay mejora cuando el padre testando entre hijos nombra á uno ó mas por sus universales herederos, omitiendo ó desheredando injustamente á los restantes, ó instituyendo á todos; pero dejando á alguno ó algunos menor parte de herencia de la que debe corresponderles por sus legítimas. En tal caso el hijo ó hijos instituidos por herederos universales, no solo percibirán su legítima, sino que se conceptuarán mejorados en el tercio y quinto si el testamento contiene la *cláusula codicilar*, y las solemnidades que previene la ley para su validacion; y los preteridos ó injustamente desheredados percibirán únicamente su legítima diminuta, de la cual no debió ni pudo privarles el padre; pues la cláusula codicilar hace que el testamento valga del modo que pueda valer.

24. Si los padres hicieren donacion por testamento de alguna cantidad ó finca á cualquiera de sus hijos, sin emplear la palabra mejora, se entiende mejorado en aquella si no excediere del tercio y quinto; pues si hubiere exceso, se le descontará éste en parte de su herencia. Lo mismo sucederá si la donacion se hiciera entre vivos, siempre que no se hable de ella en el testamento; pues si en él espresare el testador que el hijo traiga á colacion y particion y á cuenta de su

(1) Ley 4, tit. 6, lib. 10, N. R.

(2) La misma ley.

legítima lo que le fué donado, se entenderá que el padre no quiso mejorarlo. Haciendo éste en su testamento ó en otra disposicion última algun legado á su hijo ó descendiente, instituyéndole heredero como á los demás, se debe tener este legado por mejora, como si se hubiese hecho donacion en contrato. De lo dicho se deduce, que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero ésta en el tercio y quinto, y si excede el importe de ambos ha de aplicarse al legatario el exceso en cuenta de su legítima; pero si el testador dispone de dicho quinto se le imputará en el tercio, y el sobrante si le hubiere en su legítima, pues lo contrario es opuesto á lo resuelto en la ley 26 de Toro.

25. Si el padre ó la madre hallándose poseyendo alguna finca con el gravámen de no enagenarla y con obligacion de restituirla á cualquiera de sus hijos, mejorasen á alguno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleciesen sin hacer la restitucion y mencionar la finca, no llevará en ella el mejorado la parte que le cabria en la mejora, sino que se repartirá por igual entre todos; porque las mejoras se entienden hechas en los bienes propios del mejorante, y dicha finca no lo era; además de que en el hecho de no haberla restituido el padre, se presume haber sido su voluntad que se distribuyese entre todos.

26. El mejorado en tercio y quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, satisfaciendo antes á prorata las deudas del difunto y quedando obligado en los mismos términos á las que pudieren aparecer en lo sucesivo (1); y en la deducccion de la mejora se ha de atender

al valor que tuvieren los bienes al tiempo de la muerte del testador, y no aquel en que se hizo la mejora (1).

27. Mejorando el padre ó la madre por última disposicion en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos falleciere ó repudiare su parte, ó por otro motivo dejare de percibirla, acrecerá á los demás mejorados; pero si la mejora se hubiere hecho por contrato entre vivos irrevocable, no tendrá lugar el derecho de acrecer respecto de los otros mejorados; porque en virtud de la entrega de la escritura y su aceptacion, se transfirieron la propiedad y posesion de los bienes, de suerte que la parte correspondiente al mejorado difunto pertenece ya á sus herederos y no á sus hermanos.

28. Si el ascendiente mejorar en el quinto de sus bienes por donacion pura entre vivos á alguno de los legítimos descendientes, y á otro por testamento ó última voluntad, sin disponer del tercio, serán válidas ambas mejoras, no obstante que la ley 28 de Toro prohíbe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte. La razon es, porque si tiene facultad para mejorar á alguno ó á varios de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, claro es que deberá tenerla para disponer de los dos quintos, los cuales componen menos cantidad que el quinto y tercio, redundando el exceso en beneficio de los otros herederos.

29. Si los bienes del tercio y quinto se hubieren entregado en vida al mejorado en uno y otro, tendrá obligacion de pagar los gastos del funeral y misas; mas no los legados que hubiere hecho el testador, porque no tuvo facultad para hacerlos; pero si al tiempo de la donacion ó mejora impusiere á dicho mejorado entre

(1) Ley 5, tit. 6, lib. 10, N. R.

(1) Ley 7 de dicho tit. y lib.

vivos la condicion de pagar los legados de su testamento, tendrá que cumplirlo hasta donde alcance el quinto y no mas. Se advierte por último que si los mejorados fueron muchos, y el testador no hiciere ó espresare entre ellos diferencia alguna, deberá distribuirse igualmente entre todos la mejora.

30. Pasando ahora á tratar de la revocacion de las mejoras, debe advertirse primeramente, que los autores discordan acerca de si puede haber mejora irrevocable respecto del quinto, pues la ley habla solo de las mejoras del tercio. Los que niegan la irrevocabilidad en las del quinto, se fundan en que siendo éste lo único de que un padre puede disponer con libertad, se quedaria sin bienes, y por consiguiente imposibilitado de distribuirlo á su arbitrio. Contrayéndose, pues, á la revocabilidad de las mejoras del tercio, de las cuales habla la ley, diré que las mejoras por regla general son revocables; y por consiguiente puede el mejorante revocarlas hasta su muerte, ya por su libre y espontánea voluntad, ya por haber incurrido los mejorados en alguno de los excesos porque la ley les impone dicha pena.

31. Los excesos porque puede revocarse la mejora, son los siguientes: 1.º Por deshonorar de palabra el mejorado al mejorante: 2.º Por acusar á éste de delito que merezca pena de muerte, mutilacion de miembro, perdimento de la mayor parte de sus bienes ó destierro: 3.º Por haber puesto en él manos airadas: 4.º Por haberle hecho grave daño en sus bienes, ó proyectado su lesion ó muerte. Para que el mejorante pueda revocar la mejora por las referidas causas, es necesario que las pruebe en juicio, y la razon es, porque la acusacion de ingratitud irroga al mejorado una grave in-

juria. Aunque en cualquiera de dichos casos se revoque la mejora por ingratitud, el mejorado hará suyos los frutos percibidos, porque aquella fué válida en su principio, y solo tendrá que restituir los devengados desde la contestacion de la demanda.

32. La facultad de revocar las mejoras por ingratitud corresponde únicamente al mejorante por ser personal; sin embargo, hay casos en que puede corresponder á sus herederos; á saber: cuando aquel se quejó de la ingratitud judicialmente; cuando murió principiado el pleito, ó haciendo gestiones para principiarlo; y por último cuando el mejorante ignoró la injuria ó le faltó tiempo para hacer la acusacion por haberla sabido tarde.

33. En cuanto á la revocacion de las mejoras del tercio que no dimanen de causa alguna de ingratitud, sino de la libre y espontánea voluntad del mejorante, debe saberse primeramente que esta facultad le está concedida por la ley 17 de Toro (1); lo cual se entiende aun cuando el mejorante entregue al mejorado la posesion de los bienes de la mejora, si la hubiere hecho en testamento ú otra última voluntad; pero téngase entendido que la revocacion ha de aparecer muy clara, y que la prueba incumbe á quien afirma que hubo ó que existe la revocacion.

34. Puede hacerse la revocacion de dos modos: 1.º Por palabras terminantes y espresas: 2.º De hecho, que es por la enagenacion de la cosa en que consiste la mejora; de modo que si ésta fuere de cuota cierta, v. gr: del tercio en general, y el mejorante enagenare dicha cuota, se entenderá revocada la mejora; si solo enagenare parte de ella, la mejora quedará disminuida en la cantidad ena-

(1) Ley 1, tit. 6, lib. 10, N. R.

genada. Para que la enagenacion de la mejora suponga la revocacion, ha de ser hecha por título lucrativo, pues se verifica por voluntad libre; pero no si fué hecha por título oneroso, por cuanto supone necesidad, mientras no se pruebe lo contrario (1).

35. Si la mejora estuviere consignada en alguna finca ó alhaja, y la enagenare voluntariamente el mejorante, se entiende revocada aquella; mas no por la mera promesa de venderla, ni por arrendarla aunque sea por largo tiempo (2). Y si el mejorante tuviere necesidad de hacer dicha enagenacion, ya sea por urgencia propia ó por otra causa onerosa, no se revocará la mejora; advirtiéndose que en caso de duda se presume haberla tenido, mientras no se pruebe lo contrario (3).

36. Si un padre legare ó donare á un hijo cierta cantidad ó finca, y despues mejorare á otro en tercio y quinto, se entenderá revocada la mejora en el importe de la suma donada ó legada. Así mismo se conceptúa revocada la mejora si habiéndola hecho el padre á favor de algun hijo con el fin de que se case con cierta muger, falleciere ésta antes de verificarse el matrimonio; á menos que conste haber hecho dicha mejora no solo por causa del matrimonio, sino por consideracion al hijo, en cuyo caso no se revoca; y por punto general mas bien debe presumirse hecha por aficion al hijo, que por consideracion al casamiento. Igualmente se presume revocada la mejora si despues de haberla hecho el padre interviene entre él y su hijo grave enemistad, lo cual procede aunque luego otorgue codicilo, y no haga en él mencion de la

mejora; pero si el padre y el hijo se reconcilian, convalece aquella.

37. Si habiendo hecho un padre mejora revocable del tercio y quinto de sus bienes y entregándole la mayor parte de éstos tuviere despues otros hijos, se duda si se revocará ó no esta mejora por el posterior nacimiento de éstos. Aunque algunos autores están por la afirmativa, es mas fundada la opinion contraria: 1. ° Porque por la mejora no son perjudicados los hijos posteriores en su legítima necesaria ó rigurosa: 2. ° Porque cuando el padre hizo la mejora fué con el conocimiento de que podria tener otros hijos; y aun cuando se diga que no fué propiamente mejora, por ser el mejorado único entonces, sino una mera donacion, y que las donaciones se revocan por el nacimiento posterior de los hijos (1), esto se entiende cuando aquellas son hechas á favor de estraños; pero las que se hacen á favor de algun hijo se revocan por los hermanos que nacen despues, solo en cuanto á lo que corresponda á éstos por su legítima rigurosa, pues en lo demás se sostendrá como mejora lo que en su principio fué donacion.

38. Si el padre enagenare voluntariamente la finca de la mejora, y despues de haberla enagenado, la volviere á comprar, y existiere en su patrimonio al tiempo de su muerte, convalecerá la mejora. Si señalare ésta en cosa cierta, y vendiéndola despues comprar otra, se sustituirá la última en lugar de aquella. Y si mejora en cosas ciertas suyas propias, y además en una que es agena, con la condicion de *si le perteneciére al tiempo de su muerte*, y en efecto se verifica así por haberla adquirido, se entregará al mejorado, como parte de su mejora.

(1) Ley 40, tit. 9, p. 6.

(2) Leyes 17 y 40, tit. 9, p. 6.

(3) Ley 40 al fin, tit. 9, p. 6.

(1) Ley 8, tit. 4, p. 5.

39. Se conceptúa revocada la mejora hecha por el testador á uno de sus herederos por la hecha posteriormente al otro, cuando espresa que la hace porque se guarde igualdad entre ellos, y así ambos heredarán igualmente. Y si habiendo hecho la mejora á entrambos por una misma causa, revoca luego la del uno, espresando que hace la revocacion porque se observa igualdad entre ellos, se entiende tambien revocada para el otro.

40. El mejorado está obligado en varios casos á restituir con los frutos percibidos la cosa en que se le mejoró, siendo revocada la mejora, y son: cuando se hizo la donacion por causa de muerte, por estar suspensa y sin efecto mientras vive el testador; cuando se hizo condicionalmente, y la condicion no se cumplió; pues entonces no produce efecto alguno. Si se hace verdaderamente nulo el título en que consiste la mejora porque se revoca, se debe restituir la cosa donada, mas no los frutos (1). Si la mejora se revocó por ingratitud del mejorado, y los bienes en que consistia le habian sido entregados, solo se restituirán los frutos percibidos desde el dia de su ingratitud, porque solo desde entonces es poseedor de mala fé y no antes; pues los adquirió como verdadero dueño. Y lo mismo sucede cuando hecha la mejora y entregada la cosa, se revoca en virtud del derecho que se reservó el mejorante de hacer la revocacion, porque los percibidos antes de la revocacion los adquirió así mismo como tal.

(1) Ley 8, tit. 4, p. 5.

41. Aunque segun queda sentado puede el mejorante revocar la mejora hecha en estado de sanidad como en testamento al tiempo de su muerte, se exceptúan cuatro casos en que la ley no se lo permite, y la mejora se hace irrevocable: 1.º Cuando el mejorante puso por sí mismo en posesion al mejorado de la cosa en que le consignó la mejora, y si es de cuota, v. gr: el tercio de los efectos que la componen: 2.º Cuando se entrega ante escribano la escritura de mejora (1): 3.º Cuando el contrato se celebró con un tercero, y medió causa onerosa, como casamiento ú otra semejante (2). En estos tres casos es irrevocable la mejora, á menos que el mejorante se reservase por cláusula espresa la facultad de revocarla, ó concurriere alguna de las causas por las que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas; el 4.º caso, del cual no habla la citada ley, es cuando el instrumento ó escritura de mejora se afirma y corrobora con juramento, siempre que no sea contra las buenas costumbres, ni redunde en perjuicio de tercero. Por último, debo advertir que las mejoras de tercio y quinto son válidas, aunque el testamento del que las hizo se rescinda por pretericion ó desheredamiento injusto (3).

(1) No se entiende aquí por escritura pública los títulos de propiedad, sino la escritura del contrato, y se exige del escribano para que haga un medio de prueba. Los títulos de propiedad podian haber ido á manos del hijo por la facilidad con que puede apoderarse de ellos, y por consiguiente es preciso que le sean entregados ante escribano.

(2) Ley 17 de Toro.

(3) Ley 8, tit. 6, lib. 10, N. R.

CAPÍTULO V.

DE LA SUCESION TESTAMENTARIA DE LOS ASCENDIENTES EN LOS

BIENES DE SUS DESCENDIENTES.

1. Los ascendientes son herederos forzosos en todos los bienes de los descendientes á excepcion del tercio.
2. La obligacion de instituir herederos á los ascendientes comprende del mismo modo á los que están bajo la patria potestad que á los emancipados.
3. Los descendientes pueden consignar el tercio dejándolo á alguno de sus ascendientes ó á un estraño.
4. El hijo, aunque esté bajo la patria potestad, puede disponer del referido tercio no solo en cuanto á la propiedad, sino tambien en cuanto al usufructo.
5. El pacto recíproco de heredarse celebrado entre marido y muger, no es permitido al hijo en perjuicio de sus ascendientes.
6. No solo sucederán los ascendientes á sus legítimos descendientes careciendo éstos de hijos, sino tambien cuando los desheredan ó instituyen á un estraño.
7. No sucederán sin embargo los ascendientes en bienes de mayorazgos, enfitéusis ó feudos, y razon por qué.
8. Casos en que tampoco sucederán á los descendientes.
9. Los gastos del funeral del hijo no deben deducirse del tercio.
10. Pero si los legados, misas y demás gastos voluntarios.
11. No debe confundirse con los herederos al legatario del tercio.
12. Son por lo general recíprocos los derechos entre los descendientes y ascendientes en cuanto á la sucesion.

1. Nuestras leyes comprenden la segunda línea recta que es la de los ascendientes legítimos (1) entre los herederos forzosos, imponiendo á sus descendientes la obligacion de instituirlos por falta de sucesion en todos sus bienes adventicios y profecticios, castrenses y cuasi-castrenses (2), sin exceptuar los adquiridos por el hijo ordenado *in sacris* en razon de su ministerio (3), exceptuando el tercio de todos ellos, del cual pueden los descendientes disponer á su arbitrio, así en vida como por última voluntad. De consiguiente, faltando descendientes legítimos

y legitimados, deberán aquellos instituir á sus ascendientes, observando el orden y reglas que se especificarán hablando de esta sucesion abintestato; pues son las mismas que se observan por testamento.

2. Esta obligacion de los descendientes legítimos comprende del mismo modo á los que están bajo la patria potestad que á los amancipados; aunque algunas leyes de partida (1) permiten al hijo disponer en propiedad y usufructo de todos sus bienes castrenses y cuasi-castrenses, parece están derogadas por las siguientes palabras de dicha ley 6 de Toro: *en todos sus bienes de cualquiera calidad que sean*; las cuales le obligan á disponer de solo el tercio de tales bienes, igualmente que de los adventicios. Lo mismo

(1) La legitimidad de los ascendientes no se ha de entender de su propia persona, sino respecto de la de los descendientes á quienes han de heredar; y así nada importa que el padre sea natural ó espurio de nacimiento, siempre que su hijo sea legítimo.

(2) Ley 1, tit. 20, lib. 10, N. R.

(3) Ley 12, tit. 20, lib. 10, N. R.

(1) Leyes 6 y 7, tit. 17, p. 4.

disponen las ordenanzas militares con respecto á los que gozan fuero de guerra.

3. Los descendientes pueden consignar el tercio dejándole á alguno de sus descendientes ó á un extraño; lo cual funda Febrero en las tres razones siguientes:

1.º Porque la ley no lo prohíbe: 2.º

Porque el ascendiente en este caso se reputa extraño respecto á que se le deja el tercio, no como legítima que se le deba,

sino como legado voluntario: y 3.º Por

que cuando hay identidad de razon debe

regir la misma disposicion legal; por tanto, pudiendo el ascendiente consignar el

quinto, cuando lo deja á un extraño, con mayor razon podrá hacer igual señalamiento del tercio.

4. El hijo aunque esté bajo la patria potestad, podrá disponer del referido tercio, no solo en cuanto á la propiedad, si-

no tambien con respecto al usufructo; pues aunque la ley 5, título 17, partida 4,

reserva al padre durante su vida el usufructo de los bienes del hijo, por lo cual

no puede enagenarlo sin licencia suya; no obstante la 5 de Toro, posterior á la

de partida, hace al hijo *sui juris* ó independiente, para que llegando á la edad

de la pubertad pueda hacer testamento como si estuviese fuera de su poder; y co-

mo en dicha ley no se hace distincion alguna entre propiedad y usufructo, pare-

ce conforme á razon que éste como accesorio siga la condicion de aquella que es

principal. Así opina Febrero contra algunos jurisconsultos que son de dictámen

contrario. Puede así mismo el hijo disponer de sus bienes en propiedad y usufructo en los casos siguientes: 1.º Cuando el

padre se hace religioso y profesa: 2.º Cuando por ser disipador se le quita la

administracion de los bienes del hijo: 3.º Cuando está prófugo por delito y se

le emplaza por edictos.

5. Dúdase si será válido el pacto recíproco que hagan el hijo casado y su

muger, de que muerto el uno de ellos haya de sucederle el sobreviviente en caso

de no dejar descendientes legítimos, y si podrá en su virtud dejar el hijo de ins-

tituir á sus ascendientes. Aunque algunos autores están por la afirmativa, Fe-

brero lleva la contraria fundado en las dos razones siguientes: 1.º Porque siendo

honorífico el título de heredero, es justo que los hijos se lo den á sus padres, y la

desheredacion es siempre una injuria: 2.º Porque dicho pacto pertenece á la

especie de los que el derecho romano llama *de invicem succedendo*, el cual está

reprobado (1).

6. No solo sucederán los ascendientes á sus legítimos descendientes care-

ciendo éstos de hijos ú otros descendientes legítimos, sino tambien cuando des-

heredan á éstos é instituyen á un extraño; en cuyo caso los ascendientes como omi-

tidos, pueden quejarse de la pretericion, pretendiendo se les declare herederos, es-

cluyendo al extraño instituido; pero éste tendrá derecho al tercio, pues ya que su

voluntad no puede valer en el todo, se cumplirá en lo que há lugar por derecho.

7. No sucederán sin embargo los ascendientes en los bienes de mayorazgo

ni en los de enfitéusis; porque éstos no se transfieren por derecho hereditario, á

menos que esté dispuesto otra cosa en su institucion: lo mismo se observa en

los feudos; pues el padre y abuelo no sucedian al hijo ó nieto que tenia feudo

y moria sin descendencia (2).

(1) Otra razon hay mas poderosa y es que el hijo no puede privar á sus ascendientes de la parte de herencia que la ley les concede, segun lo dicho en los párrafos anteriores.

(2) Ley 7, tit. 26, p. 4.

8. Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes cuando renunciaron la herencia, y el derecho hereditario que tenían á sus bienes; ni cuando disponen de ellos precediendo licencia jurada de su padre: ni cuando éste consiente el testamento en que el hijo le omite ó pasa en silencio, y deja á otro por heredero, ó dispone íntegramente de sus bienes en cualquiera otra forma.

9. Es cuestionable si los gastos del funeral del hijo deben ó no deducirse del tercio, por las mismas razones que se deducen del quinto habiendo descendientes. La opinion mas probable es que tales gastos no deben deducirse del tercio sino del cuerpo del caudal: 1. ° Porque la ley 30 de Toro es correctoria, y todas las de esta especie son de estricta interpretacion, debiendo entenderse segun las palabras literales en que está concebida: de consiguiente, hablando la misma solamente del quinto á él debe limitarse, pues si hubieran querido se sacasen del tercio, lo hubiera prevenido, como dispuso se dedujesen del primero: 2. ° Porque la legitima de los descendientes es debida por derecho natural, y la de los ascendientes por causa de equidad y por derecho positivo: 3. ° Porque dichos gastos son una deuda natural que de justicia se paga á la Iglesia para dar sepultura al cadáver, y como no se llama herencia sino lo que resta despues de satisfechas las deudas, se sigue que así como no puede negarse que los bienes del difunto son responsables á los gastos de su entierro, así tambien es indudable que no habrá herencia hasta haberse cubierto todos los que él ocasione.

10. Pero los legados, misas y demás gastos que se hagan por disposicion del testador, deberán satisfacerse del tercio; porque estos gastos son voluntarios, y los

del entierro forzosos; de suerte que aunque el testador prohiba que se paguen los segundos, no será obedecido; porque disponiendo del tercio segun la facultad que le da la ley 6 de Toro (1), debe observarse lo mandado por ésta, aunque él disponga lo contrario.

11. Al ordenar la cláusula de institucion suelen algunos escribanos confundir al legatario del tercio con los demás herederos dándole este nombre. Mas el hacer la institucion en estos términos, es un grave error; porque con los ascendientes legítimos ningun extraño puede ser instituido heredero, debiendo estenderse á ellos lo que sobre este punto dispone la ley de partida (2) acerca de los descendientes, despues que la ley 6 de Toro ordenó que los ascendientes fuesen herederos legítimos de sus descendientes, y les sucediesen tanto por testamento como abintestato; y porque si el ascendiente repudiara la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el legatario del tercio como heredero particular, lo que no sucede; pues pasa precisamente á los herederos abintestato del descendiente. Por consiguiente, conviene que el tercio se legue en cláusula separada, y aun cuando se pusiese en la de institucion, no debe llamarse heredero al legatario.

12. En cuanto á la sucesion de los ascendientes ilegítimos, téngase presente que entre ellos y sus hijos son recíprocos, generalmente hablando, los derechos y la obligacion de darse alimentos; de modo que en todos los casos en que los hijos pueden suceder á sus padres y deben ser alimentados por ellos, es igual el derecho de los segundos con respecto á los primeros.

(1) Ley I, tit. 20, lib. 10, N. R.

(2) Ley 7, tit. 1, p. 6.

CAPÍTULO VI.

DE LOS HEREDEROS EXTRAÑOS.

1. ¿Quiénes son los herederos extraños?
2. No habiendo herederos forzosos puede el testador instituir á uno ó á muchos extraños.
3. Requisitos que han de concurrir en los herederos extraños para que sea válida la institución.
4. Puede el testador dividir la herencia en las partes que quiera.
- 5 al 11. Modo de dividir la herencia cuando el testador designa las partes ó deja de hacerlo.
- 12 y 13. Resolucion de varias dudas.
14. Caso de que el testador instituyere genéricamente á sus hermanos, y unos lo fuesen por entero, y otros medios hermanos.
15. Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos, no son llamados los hijos de algun hermano difunto.
16. Entre los herederos extraños se comprenden los usufructuarios, fideicomisarios y fiduciarios.

1. Se ha dicho en el núm. 3 del cap. 2 de este título, que herederos extraños eran aquellos á quienes el testador no debe porcion legítima, y por consiguiente no tiene obligacion de instituirlos; así es que se comprenden bajo esta denominacion, no solo los que no tienen parentesco alguno con él, sino tambien sus parientes colaterales, incluso los hermanos. Mas es indudable que procederá el testador con mayor cordura y equidad, si á pesar de esta facultad que le conceden las leyes (1), nombrase herederos á sus parientes pobres si los tuviere, en preferencia á los que no lo sean. Hay un caso en que el hermano tiene derecho para reclamar contra el testamento pidiendo su nulidad, y es cuando el testador su hermano instituye por heredero á alguna persona infame ó de mala vida, como mugeres mundanas, ladrones, falsarios, y demás declarados tales por la ley, en cuyo caso corresponde al hermano omitido ó preterido la accion de querella (2),

y probado el defecto del instituido, se anula la institucion (1); sin embargo, el hermano no podrá intentar la querella en los tres casos siguientes: 1.º Si hubiere maquinado contra la vida de su hermano: 2.º Si lo hubiese acusado de crimen que mereciese pena capital ó alguna otra afflictiva: 3.º Si le hubiere hecho perder la mayor parte de sus bienes, ó puesto los medios para que los perdiera (2).

2. Careciendo el testador de herederos forzosos puede instituir á uno ó á muchos extraños, ya sean ó no parientes suyos, con tal que no tengan prohibicion legal de heredar, é imponerles las condiciones posibles y honestas que guste, debiendo ellos cumplirlas para percibir la herencia, ó dar caucion y seguridad de que las cumplirán, ó practicarán para ello las competentes diligencias (3).

causa de desheredacion alegada por el testador, ó bien cuando ésta ha sido hecha sin expresar causa alguna. Probándose la falsedad de aquella en el primer caso, ó el grado de parentesco que constituye heredero forzoso al preterido sin razon justa, se rescinde el testamento.

(1) Ley 1, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real, y 2 y 12, tit. 7, part. 6.

(2) Esta querella es la que se llama *inoficioso testamento*, la cual tiene lugar cuando el preterido ó desheredado pretende ser falsa la

(1) Ley 2 y 12, tit. 7, part. 6.

(2) La misma ley.

(3) Leyes 7 y 14, tit. 4, part. 6.

3. Para que sea válida la institucion de herederos estraños, han de ser libres de impedimento legal en tres tiempos:

1. ° Cuando son instituidos: 2. ° Cuando muere el testador: 3. ° Cuando aceptan la herencia (1). Si el heredero extraño fuere inhábil para el manejo de sus bienes, tiene facultad el testador de encar- gar la administracion de ellos á quien le parezca, y no poniendo al padre de dicho heredero, si no mereciese su confianza.

4. Aunque por derecho romano se dividia la herencia en doce partes llamadas onzas, segun el nuestro, puede el testador dividirla en las que quisiere, é instituir á sus herederos de tres modos: 1. ° Designando á todos lo que han de percibir de sus bienes: 2. ° Señalando su parte á unos, y á otros no: 3. ° No señalándola á ninguno (2).

5. Cuando el testador señala á todos sus herederos las partes ó porciones que han de percibir de su herencia, es claro que debe repartirse entre ellos, segun dicha distribucion; y si dejare algo sin repartir se aplicará á los herederos instituidos, en proporcion á la parte que señaló á cada uno. Así por ejemplo, si dividiese la herencia en cuatro porciones, instituyendo en tres partes iguales á otros tantos herederos, sin hacer mencion de la cuarta, deben llevar ésta con igualdad los instituidos en las tres; pero si la institucion no fué hecha en partes iguales, llevará cada uno de ellos lo que segun la misma le corresponda proporcionalmente (3); lo mismo debe observarse en los legados (4). Pero si el testador instituye cuatro herederos, y á cada uno en cuatro partes de la herencia, se dividirá ésta en

diez y seis para que cada uno lleve las cuatro que ordena el testamento.

6. Si el testador nombrare herederos en esta forma: „Instituyo á Pedro por mi „heredero en la mitad de mis bienes y „á Juan en la otra mitad, añadiendo luego, y en la misma parte que instituyo á „Juan sea heredero Francisco,” no se dividirá la herencia en tres partes iguales, sino que Pedro llevará la mitad de ella, y Juan y Francisco la otra mitad por partes iguales; porque las palabras del testador manifiestan haber querido que éstos se reputasen por uno; que como conjuntos percibiesen y dividiesen entre sí la mitad de su herencia, y que Pedro como único llevase la otra mitad.

7. Si en caso de duda fuesen preguntados los testigos instrumentales y declaren que fueron realmente instituidas las personas por quienes se les pregunta, pero que no se acuerdan en cuántas partes, se debe suponer que lo han sido por partes iguales. Y siempre que se dude acerca de la cuota ó porcion de la herencia en que uno fué instituido por no estar especificada, se dividirán los bienes del testador segun la mas verosímil intencion de éste.

8. Instituyendo el testador á uno por su heredero en cosa señalada, y no disponiendo del resto de los bienes, ni nombrando heredero en aquel testamento ni en otro posterior; el instituido heredará solamente aquella cosa, y el resto de la herencia pasará á los herederos abintestato; porque segun la ley recopilada que modificó el derecho antiguo, puede uno morir en parte testado y en parte intestado (1).

9. Si el testador dijese que institua por su heredero á una persona en la par-

(1) Ley 22, út. 3, part. 6.

(2) Leyes 16 y 18, tit. 3, part. 6.

(3) Ley 17, tit. 3, part. 6.

(4) Ley 33, tit. 9, part. 6.

(1) Ley 1, út. 18, lib. 10, N. R.

te que le tenia señalada en su codicilo, ó en su primer testamento, y no se encontrase en éstos tal señalamiento, se entiende escluido de la sucesion; lo mismo procede si le instituyese en la parte en que otro tiene nombrado al mismo testador, no siendo cierto ó no constando esto último. Pero si el testador se refiere á tiempo futuro, como si dijese que le instituye en la parte que le señalará en su codicilo, aunque no se verifique este señalamiento, llevará la herencia, porque se reputa instituido en el todo.

10. El segundo modo de instituir herederos y distribuir la herencia, es cuando el testador nombra varios, señalando á unos sus respectivas partes, y á otros no; en cuyo caso llevarán aquellos las que les señaló, y éstos el resto de la herencia. Pero si por extravagancia ó distraccion instituyere á uno por heredero de todos sus bienes, y despues á otro, mandando que éste lleve el resto de la herencia, el primero los llevará todos, y el segundo nada; pues en cuanto á él es ilusoria la institucion, á menos que el primero tenga incapacidad absoluta de heredar, y el testador diga que en la parte que no puede suceder instituye al otro, pues entonces todo lo llevará el segundo y nada el primero (1): bien que si dicha incapacidad es temporal, podrá ser instituido para cuando cese.

11. El tercer modo de distribuir la herencia es cuando el testador no señala las partes que ha de llevar cada uno ó alguno de ellos, en cuyo caso todos la deben partir igualmente, y en duda se presume haber querido que se observase igualdad entre ellos.

12. Ofrecense ahora dudas en las que están discordes los autores, y para cuya

solucion hay que recurrir muchas veces á conjeturas, á saber: 1.ª Si los herederos instituidos por el testador le sucederán ó no igualmente y al mismo tiempo, ó por órden sucesivo: y 2.ª Si le sucederán *in capita* ó *in stirpes*. En cuanto á la primera, es claro que si los instituye juntamente, y no para que suceda uno cuando falte el otro, deberán todos sucederle igualmente y al propio tiempo, y no por órden sucesivo, aunque estén en diversos grados; porque en el hecho de instituirlos de esta suerte se presume que no quiso anteponer unos á otros.

13. En cuanto á la segunda duda, que consiste en saber si la sucesion se ha de verificar por cabezas ó por stirpes, debe observarse que si el testador instituye varios herederos, al uno de ellos por su propio nombre ó separadamente, y á los otros de un modo colectivo, no heredarán todos con igualdad, sino que el instituido por sí solo llevará la mitad de la herencia, y todos los demás juntos la otra mitad; la razon es porque todos los conjuntos se reputan por una persona, y no ocupan mas que un lugar, y el instituido con separacion otro. No obstante, si el testador añadiere á la institucion alguna palabra por la cual se conozca ser su voluntad que hereden todos uniformemente como si dijera, instituyo por mis herederos en iguales partes á Pedro y á los hijos de Juan, heredarán todos con igualdad.

14. Si el testador instituyere genéricamente por sus herederos á sus hermanos, ó les legare alguna cosa, y unos fueren enteros, y otros medio hermanos, serán admitidos solamente los primeros á la herencia ó legado; lo primero, porque en duda se supone haber querido disponer con arreglo á derecho, segun el cual son preferidos los hermanos enteros. Se-

(1) Ley 17, tit. 3, art. 6.

gundo, porque la disposicion del que murió testado se ha de juzgar en duda por las reglas que rigen abintestato; y tercero, porque se presume mayor afición á los hermanos de ambos lados que á los de uno solo. Pero si el testador solo tuviere un hermano entero, por el hecho de llamar á sus hermanos en plural, se conceptúan tambien llamados é instituidos los medios hermanos.

15. Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos ó haciéndoles algun legado, no por eso son llamados los hijos de otro hermano suyo muerto, por las siguientes razones: 1.ª Porque no hizo mencion de ellos: 2.ª Porque en la disposicion del testador se debe te-

ner en mayor consideracion la proximidad de grado: y 3.ª Porque bajo el nombre apelativo de hermanos se comprenden solo los que se hallan en segundo grado, y no los posteriores.

16. Entre los herederos estraños se comprenden los usufructuarios, que son los que instituye el testador para que gocen del producto y uso de sus bienes por tiempo determinado ó por el de su vida, pasado el cual se incorpora el usufructo con la propiedad y pertenece al heredero de ésta. Compréndese igualmente los fideicomisarios y fiduciarios, que son los que el testador instituye para que entreguen la herencia á la persona que designa.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS

Sobre los testamentos en general

UTILIDAD DEL DERECHO DE TESTAR.

Ante todas cosas vamos á examinar si convendrá conceder ó no la facultad de hacer testamento, y por consiguiente la de distribuir algunos bienes por medio de él, facultad tan combatida antiguamente por algunos hombres sábios.—En primer lugar puede aplicarse á favor del derecho de testar aquella máxima repetida, de que no conviene poner al hombre en la situacion de consumir y malbaratar sus bienes, quitándole el interés de conservarlos, como en efecto sucederia en mi concepto privándole de la facultad de hacer testamento. Es claro que pudiendo ser el heredero que la ley le designa para suceder una persona para quien no tiene afecto alguno, ó que aun tal vez conserva contra él algun sentimiento de odio, la necesidad de dejar su

hacienda á éste, le obligaria á consumirlos de cualquiera manera que pudiese. Esto por desgracia sucederia con frecuencia, igualmente que, cesando el espíritu que hace mover nuestra actividad y economías, apagaria en nosotros la laboriosidad y el deseo de hacer adquisiciones. Y á la verdad, ¿cuál es el objeto que se propone el hombre en éstas? Sin duda que la de reunir un fondo para atender á su subsistencia y comodidades presentes y futuras, para favorecer á sus personas queridas, para recompensar á sus criados fieles, y aun tal vez para hacer algunas obras benéficas. ¿Y quién dudará que si se priva al hombre de disponer de sus bienes para despues de su muerte, y mas en aquella época de su vida en que mas necesidad tiene de au-

xilios de otros, se le impedirá el conseguir estos objetos? Además, como no todos los hombres tienen ni iguales necesidades físicas, ni igual necesidad de herencias, y negado el derecho de testar los bienes pasarían con igualdad á los herederos designados por la ley sería ir contra el principio de utilidad; pues que muchas veces resultaría que el que tiene mas necesidad, recibiría lo mismo que otro que no tiene ninguna, inconveniente que evitaria la testamentifaccion.

Sin embargo, estas ventajas de poder testar no dejan de estar acompañadas de inconvenientes. El testador puede hacer de sus bienes un reparto perjudicial al público, en lugar de verificarlo segun la mayor ó menor necesidad de aquellos á cuyo favor lo hace; puede moverle su capricho, en lugar de crear una subordinacion razonable en la familia, puede llegar á tiranía su autoridad; en fin, cuán fácil no es abusar del triste estado de un moribundo, y no arrancarle una concesion cualquiera! ¡En qué posicion tan peligrosa no coloca á las personas que le rodean y á las á cuyo favor ha dispuesto una vez! Estas reflexiones contra la facultad de hacer testamento parece que hacen contrabalancear las que he alegado en su favor; con todo eso, estoy convencido de que concediéndola en cierta cantidad y negándola en otra proporcionalmente, segun los parientes que se dejen, como lo manifestaré despues, pueden conseguirse las ventajas, y evitarse los inconvenientes, á lo menos en la mayor parte.

En efecto, establézcase por principio que una cierta porcion de la herencia ha de ser legítima rigurosa de los herederos del testador, y que puede disponer libremente de la restante; ésta servirá sin duda para escitar en él la laboriosidad y

economías; para recompensar á sus fieles sirvientes; para dejar una señal de gratitud y afecto á las personas de quienes ha recibido beneficios ó le son queridas; en fin, para llenar algunos objetos de su capricho. Pero al mismo tiempo disminuirá el peligro de un mal uso de su ilimitado derecho; contendrá la autoridad del testador, evitando que degeneren en tiranía; y finalmente reducirá el interés particular que puede mover á arrancar de los moribundos legados involuntarios y á cometer actos tal vez criminosos.

Tal es mi opinion, y tal la cuestion que en mi sentir debe tratarse en esta materia de testamentos. ¿No sería ridículo el ocuparnos en averiguar si la facultad de hacerlos viene del derecho de gentes ó del civil, segun lo hicieron los antiguos jurisconsultos y aun otros no muy lejanos de nuestros dias? Por mi parte yo no veo que los establecimientos civiles tengan otro origen que la misma ley civil, y para apoyarlos ó reprobarlos ni hay necesidad de echar mano de argumentos fantásticos que carecen de razon, ni de recurrir á códigos cuyo testo nadie lo ha visto. Cada pueblo adopta, niega ó restringe la testabilidad segun le parece mas conforme á sus necesidades, y todos obran sin duda perfectamente con tal que atinen á promover el bien público: el derecho llamado natural no puede estar en contradiccion con esto. Pero se nos dice que muchas antiguas naciones desconocieron los testamentos; tales como los hebreos, indios, germanos, los atenienses antes de Solon, y los romanos hasta las leyes de las doce tablas: ¿dirémos, pues, que estas naciones mantuvieron sin esta institucion un estado contrario al derecho natural ó de gentes? Dirémos á la inversa que todas las le-

gislaciones modernas que la adoptan, obran conforme á él y son dignas de aprobarse? No podria afirmarse ni lo uno ni lo otro sin hacerse cargo de las circunstancias particulares que deben concurrir para dictar ó dejar de dictar una ley. Una facultad moderada de distribuir cada uno sus bienes es la que parece pues mas útil, y así es como debe adoptarse sin otra mira, ya que no es otro el fin de la asociacion.

REGLAS GENERALES.

Hechas estas esplicaciones entraré en materia. Dos son los modos de hacer el testamento que establecen nuestras leyes, á saber; el uno de viva voz ó espresando ante testigos y escribano la voluntad, llamado abierto ó nuncupativo; el otro de modo que el testador escriba reservadamente su disposicion y la envuelva en otro papel cerrado ante testigos, y sin que éstos lleguen á saber su contenido, y se llama cerrado. Ambas maneras de espresar la última voluntad son de aprobarse: la primera como general y propia para justificarla ante la ley; la segunda para salvar en ciertos casos los inconvenientes de la publicidad. En efecto, un padre puede mejorar á un hijo y sabiéndolo los demás revelarse contra él, formar envidias, celos y enemistades contra el agraciado; los criados y demás asistentes suyos pueden creerse tambien poco pagados, y por tanto como agravados con derecho á representarlos: el testador puede temer igualmente que conocida su disposicion se le quiera hacerla mudar á título de favorecer á su alma con mas misas, fundacion de memorias, aniversarios y otras semejantes. ¿No será pues bueno libertarle, y particularmente en los momentos en que una enfermedad grave se ha apoderado de él, de este en-

jambre de pretensiones con que pueden atormentarlo? Ello es bien cierto. Como la legislacion solo ha adoptado estas dos formas de testar, ha reprobado indirectamente el testamento autografo, es decir, aquel para cuya validez bastase únicamente que estuviese escrito y firmado por el testador. Yo tambien me adhiero en favor de esta disposicion legal; porque aunque esté penetrado de que es menester dar á la celebracion de este acto toda la libertad posible, son de temerse mucho los fraudes que podrán resultar de semejante latitud. En efecto, cualquiera vé la facilidad de suplantar un escrito respecto de personas que por su poca práctica en la escritura forman un carácter de letra enteramente distinto cada vez que escriben, y aun tambien de las personas que tienen uno fijo por la posibilidad de su imitacion. Si fuera pues cierto que el testamento ó papel que se presenta como escrito por el difunto es realmente de éste, nada seria mas regular. ¿Pero cómo reconocerle legalmente por tal, solo por la semejanza ó si se quiere identidad de letra? ¿Por ventura los peritos que se llamen para su exámen podrán asegurar redondamente y sin género de duda que ella es del sugeto que se pretende? El testamento es sin duda un acto tan interesante, que aun cuando se escriba y firme por uno mismo, exige la prudencia que asistan un par de testigos imparciales, si no para saber la misma disposicion, á lo menos para ver el papel en que se escribe, se fecha y firma.

El mismo temor de fraudes me mueve á no adoptar la ley de partida que permite hacer el testamento en pergamino, cera ó tabla, porque debiendo tratarse de hacer constar la voluntad del testador de una manera en cuanto se pueda creer indudable ¿quién no conoce que faltará á es-

ta cualidad la que se imprima á lo menos en la tabla ó cera? Yo pues no dudaria en desterrar de los testamentos estas dos materias, y aun el pergamino por ser tan fácil borrar y suplantar en él las letras. Ya en el dia no nos hallamos en el caso de dicha ley y de la de Justiniano á quien ésta copió. Se sabe que los antiguos, por desconocer el actual papel, usaban de tablas enceradas, pergamino y hojas de árboles para sus testamentos, y así era que por tablas entendian frecuentemente la misma disposicion testamentaria; mas ahora, gracias á los adelantos de las artes, no puede admitirse el uso de aquellas materias para estos actos, que solo servirán para confusion y mil errores.

Las leyes permiten hacer el testamento bajo las condiciones ó gravámenes que parezcan al donante ó testador; y ello en verdad es muy justo mirado generalmente, pues el dueño de la cosa, si bien puede dejar de darla así, tambien puede imponer las restricciones que tenga por conveniente: es una consecuencia del derecho de propiedad.

Pero al mismo tiempo, como esta dacion no puede ofender los intereses generales de la sociedad, la ley le ha limitado perfectamente al propietario en la imposicion de estos gravámenes, prohibiéndole los que obliguen á la restitution perpétua de la cosa de mano en mano. Ya hemos explicado antes las razones que hay para esta limitacion legal. Los que reciban así la finca apenas tienen interés para mejorarla, porque no pueden venderla ó enagenarla libremente á quien mejor les parezca; por consiguiente dejarán de hacer las obras que un propietario pleno haria. Al contrario, como su goce es solo temporal, procurarán utilizarse de ella cuanto mas puedan, aunque

sea con su deterioro, y por lo mismo se propende á su destruccion.

Yo pues no solo negaria el derecho de imponer el gravámen perpétuo de restitution, sino aun temporalmente fuera de una generacion, es decir, que no pudiese tener lugar á no ser respecto de la primera persona á quien se dona ó deja en herencia. Pasar de aquí seria inconducente; no observarlo dentro de este límite oprimiria demasiado el derecho propietario.

CAPACIDAD DE DISPONER POR TESTAMENTO.

Las mismas razones de interés público nos mueven á no aprobar algunos testamentos. Así no dudaré en establecer la utilidad de considerar como nulas ó no hechas las disposiciones donatarias ó testamentarias verificadas por medio de violencia, dolo, error ó siendo incapaz la persona, ó interviniendo algun inconveniente público, ó cuando el objeto sea ilícito. Es claro que en todos estos casos el interés de la sociedad reclama el que se haga al principio general, de que conviene dejar á cada uno la libre disposicion de sus bienes, la excepcion de no sancionarlos; y la razon es los males públicos que en todos ellos resultarian.

Las leyes incapacitan para testar á los menores de catorce años, pródigos, sordomudos, condenados por canciones injuriosas, hereges, obispos y frailes. Cualquiera que reflexione sobre esto conocerá que apenas se han fundado debidamente para hacer estas prohibiciones, como se verá en estas pequeñas observaciones.

Se prohíbe donar á un menor de veinticinco años; pero se permite testar á uno mayor de catorce. ¿Qué razon hay para esta distincion? Podrá decirse que como en el testamento se dispone de los bienes

para despues de la muerte, es decir, se desprende uno para una época en que no los necesita, no hay entonces el inconveniente que cuando se hace por donacion entre-vivos, mediante la cual puede empobrecerse, y por lo mismo conviene adelantar la edad de la testamentifaccion. Pero este argumento no es para mí de grave peso. Ya se sabe que un testamento es acto de muchas trascendencias, pues que tiene relacion, no solo respecto del mismo testador sino tambien respecto de la familia, parientes y otros interesados. ¿Cómo arreglará pues debidamente éstos un niño de catorce años? ¿Cómo hará una buena distribucion de sus bienes? ¿Cómo satisfará las diversas pretensiones y necesidades de todos? ¿Cómo evitará las sugestiones y engaños de los que lo rodean? He aquí motivos bien poderosos para exigir del testador una edad en que pueda discurrir lo que hace, y lo que conviene á su familia en la distribucion de los bienes y demás disposiciones: por consiguiente mas racional será no permitirle testar hasta la edad de la mayoridad, que como digo anteriormente no debe dilatarse demasiado.

Los hereges están igualmente comprendidos en la prohibicion de testar; pero para ellos no existe tampoco razon alguna de utilidad pública. La heregía ó error en las cosas que se proponen como de fé, ha sido tenuta hasta poco tiempo ha como el delito mas grave que hombre cristiano podria cometer, y así es que las leyes tanto eclesiásticas como civiles la han castigado con penas bien duras. De aquí los anatemas, excomuniones, desheredaciones, los presentes impedimentos y otros, y finalmente el suplicio capital. Pero esta crueldad tan contraria al evangelio no podia subsistir por mu-

cho tiempo en las ideas y por lo mismo en las legislaciones. ¿Por ventura Jesu-Cristo no predicó constantemente la mansedumbre y la caridad? ¿No demostró que no venia á fundar su religion con la espada? ¿No quiso convertir á los hombres á ella por medio de la predicacion y el ejemplo? Si hay pues algunos imbuidos en errores peligrosos, que los obispos, párrocos y demás sacerdotes prediquen, hagan ver el evangelio, los convenzan con él y den el primer ejemplo de su recta creencia; pero si apesar de esto insistieren en lo mismo ¿se logrará su conversion ahetrojándoles, azotándolos y quemándolos? ¿Tan varias son en general las opiniones de los hombres, y se ha querido que se conformen todas en esto! ¿Se ha querido forzar los espíritus como se forzan los cuerpos! Mas en fin, las ideas han cambiado bastante, y una mayor tolerancia va teniendo lugar: así será conducente borrar esta incapacidad de donar y testar.

En cuanto á la sanidad de juicio que se requiere para estas disposiciones, apenas parece que hay cosa que advertir. No obstante, creo sería conveniente para justificarla respecto del testamento, introducir la precaucion de que despues de otorgado haya de vivir el testador algun término, vr. gr. doce á veinticuatro horas. En efecto, se sabe que muchísimas veces se otorgan testamentos pocas horas ó momentos antes de morir, en un estado en que nadie es capaz de discernir si efectivamente goza ó no de capacidad mental, pues que por una parte parece hallarse el enfermo en un amodorramiento completo, y por otra contesta con palabras terminantes de sí ó no á aquello que se le pregunta. Siendo pues cierto que la proximidad de la muerte perturba generalmente el espíritu ¿qué aproba-

cion ha de merecer de la ley semejante acto? A la verdad que el testamento es un acto tan delicado, tan espuesto á la ambicion y al fraude, y tan terribles consecuencias puede ocasionar, que conviene asegurar en cuanto se pueda la capacidad de espíritu del testador. Esta pequeña restriccion generalmente no impedirá tampoco las ventajas de la testamentifaccion, y por otra parte, lejos de peligrar con ella ó el que se atente á la vida del testador, será un motivo mayor para que los herederos procuren dilatarla.

La adquisicion por el hecho liberal del testamento ejercido á favor de uno, es sin duda en general útil y digna de ser aprobada por la ley; por lo que parecerá un disparate tratar de prohibirla. Sin embargo, como todo acto produce por otro lado su porcion de inconvenientes, conviene examinar cuando los produce aquella en mayor cantidad que bienes. Pero la decision de esta cuestion ya se haya comprendida en el principio general que he asentado, de que debe anularse toda donacion, herencia y legados arrancados por medio de violencia ó dolo; cuando el donante ó testador haya padecido error sustancial en la persona; siempre que ésta tenga incapacidad fisica ó moral; y en el caso de que de ellos resulte inconveniente público: ó si el objeto es ilícito. En mi concepto no ha sido necesario expresar aquí separadamente como lo ha hecho el legislador qué personas pueden disponer y quienes adquirir. Es claro que con determinar los casos de nulidad, se manifestaba y determinaba lo uno y lo otro: no hay necesidad de advertir que lo dispuesto en un testamento nulo es tambien nulo, y que por lo mismo no se puede adquirir nada de él.

Pero, en fin, pregunto: ¿las prohibiciones de adquirir establecidas por nuestras

leyes son arregladas? Yo creo que por una parte no corresponden á las reglas que establecen respecto de las anulaciones de los contratos, reglas que en mi concepto son de aplicarse aquí, y que por otra se fulmina el decreto de reprobacion respecto de adquisiciones que al parecer no lo merecen. En efecto, veo que solamente se comprenden en la clase de disposiciones testamentarias violentadas ó dolosas las que se hacen á favor del clérigo, fraile, sus parientes, iglesia ó convento por aquel á quien se confiesa en la última enfermedad de que muere; y en esta parte yo no puedo menos de aplaudir esta ley por el sello de violencia que lleva consigo semejante acto. ¿Mas por qué precepto nos guiarémos para anular otros testamentos forzados ó hechos con dolo? Yo no conozco ley que lo determine, y así será preciso valernos de las reglas de los contratos. Tampoco se hace aquí ninguna enumeracion de las que pueden tener lugar por error sustancial del testador en la misma persona, aunque sí en el tratado de la institucion de heredero, y se vé que esto debió sin duda ser mas conveniente.

Entre los prohibidos de adquirir por razon de incapacidad personal, no hallo tampoco mas que á los frailes y monjas y á la muger casada. Y á la verdad que era cosa natural incluir con ésta á los menores de edad, sean hijos de familia ó constituidos en tutela, y á los locos, no porque la misma donacion, herencia ó legado sea en sí un perjuicio para éstos, sino porque estas liberalidades pueden estar acompañadas de gravámenes y condiciones que las hagan perjudiciales; por lo cual conviene en estos casos la intervencion del marido, padre ó curador. Pero la razon de la prohibicion de los frailes y monjas se ha de buscar, no en la

legislacion civil filosófica, sino en el derecho canónico.

Pueden colocarse en la clase de prohibiciones por causa de inconvenientes públicos, las mandas de bienes raíces hechas en favor de los individuos y conventos de las órdenes mendicantes, y las de todos los bienes en general á los hijos de clérigos por sus padres ó parientes dentro del cuarto grado. Yo asentiré desde luego por lo primero, en vista de los males que resultan á la sociedad de las adquisiciones de las manos muertas, y aun mas no dudaria en estender la incapacidad respecto de todas éstas á cualquiera religion á que pertenezcan; pero no puede formarse igual juicio en cuanto á lo segundo. ¿Qué perjuicios se causan al estado de que los hijos de clérigos ó los de parientes constituidos dentro del cuarto grado, hereden lo que se les deje en testamento? Yo á la verdad no lo veo. No se pone obstáculo á las mejoras de los bienes que así se den; la familia no tiene mas daño que el que tendria si ellos se diesen á otro estraño; y no se causa con esto ningun escándalo público. Al contrario, se dirige á sostener y dar educacion á una criatura inocente, ayudando de esta manera á una madre desgraciada: se da con ello una prueba de probidad; y lejos de desmoralizar esto las buenas costumbres, las hace todavía mas puras. ¿Por ventura hará esto el que sean mas frecuentes los amancebamientos de los clérigos y parientes, como teme la ley? ¿Qué disparate! ¿Cómo puede imaginarse que una muger tenga trato ilícito con otro, solo por la esperanza de que le podrá hacer alguna manda en el testamento? ¿Acaso los perjuicios que sufre no son superiores á estos intereses materiales? ¿Pero sobre todo, está segura de que le ha de dejar el legado? Otra cosa seria si

la ley asegurase á estos hijos ilegítimos alguna porcion de la herencia paterna, ó lo que es lo mismo, si llegasen á heredar *ab intestato*: ya entonces esta alianza podría entrar en los cálculos de una muger mala ó muy pobre, mas de otro modo no tienen fundamento los recelos indicados.

DE LAS FORMALIDADES Y DISPOSICIONES DE LOS TESTAMENTOS.

FORMA GENERAL.

Un testamento es generalmente un acto de la mayor importancia, acto tal vez el mas grande que en materia de interés ejerce el hombre en toda su vida, puesto que por él dispone de todos sus bienes ó á lo menos de los que la ley le permite, igualmente que de otros arreglos delicados. Es bien sabido que muchas veces se otorga en unos momentos en que se tiene una necesidad absoluta de las personas que le rodean y asisten; cuando la ambicion de éstas ha salido de sus quicios, cuando el interés incita á cometer un fraude y suponer una voluntad que no existe; en fin, acto del cual pende acaso el bien ó mal estar de una familia entera. Por estas consideraciones las leyes de todas las naciones han exigido para su validacion unas formalidades mayores que respecto de los demás actos traslativos de la propiedad, y justamente en mi concepto. Sin embargo, ellas no deben sujetar demasiado la voluntad del testador, ni deben establecerse mas que las necesarias para justificar que tal es la libre y verdadera intencion suya. Todo lo demás es inútil y por lo mismo perjudicial, supuesta la utilidad de la testamentifaccion. Ofrecer ésta por una parte, y trabarla por otra con impertinentes ceremonias es un juego indigno de la ley, como lo seria para cualquiera que con una mano diese una cosa y la

retirase con otra. Hay pues un medio que conviene adoptar. Lejos por lo mismo de nosotros aquel método de los antiguos romanos de hacer el testamento con las mismas formalidades que una ley ante el pueblo reunido en los comicios calados, lejos tambien aquella otra costumbre mas moderna adoptada por medio del *aes et libram* fingiendo la celebracion de la herencia. Cualquiera puede espresar sin duda su voluntad en virtud de escrito ó ante testigos; estos medios pueden convencernos de la certeza de la intencion del testador, y ellos parece que deben adoptarse para la testamentifaccion. Así no puedo menos de aprobar en esta parte las disposiciones de nuestras leyes, en cuanto al número de testigos y escribano que requieren; porque seguramente que han querido evitar los dos escollos opuestos, á saber: el de imponer tales formalidades que impidan la facultad de testar, y el de dar tal libertad que sea fácil cometer fraudes, de modo que aparezca una voluntad que no sea la verdadera. Sin embargo de esto, voy á hacer sobre el asunto algunas observaciones.

Primera: la disposicion que requiere que el testamento empiece y se acabe de una vez, sin que en el intermedio se mezcle acto extraño, lo cual se llamaba por los romanos unidad de contesto, es en mi concepto insignificante; porque lo que debe buscarse es que se espresé y se sepa claramente la voluntad del testador, y yo creo que bien puede manifestarse ésta aun cuando se interponga en la testamentifaccion otro acto. Es verdad que alguna vez puede aquella confundirse así; pero tambien lo es que puede suceder otro tanto aun cuando se requiera la unidad del contesto, por lo mismo este es negocio de los testigos.

Segunda: parece que en el testamento

abierto no solo debiera exigirse la asistencia de los testigos, sino que conveniria el que siempre se escribiese aquel en el acto del otorgamiento, porque la memoria del hombre es frágil, y remitiéndose á ella se daria lugar á mil pleitos por la variedad que podria haber en las deposiciones de ellos. El que los testigos lo firmasen no solo á su final sino aun en todas las hojas, aseguraria mas y mas la verdad y evitaria los fraudes que pueden hacer los escribanos.

Tercera: convendrá tambien introducir el método de que los testigos asistan á oír la voluntad del testador, segun la vaya explicando individualmente por sí mismo, desterrando de esta manera la costumbre de nuestros escribanos que oyen por sí solos al testador, y llaman á los testigos únicamente para el momento del otorgamiento. ¿Qué mas fácil que cometer así fraudes? Regularmente se otorgan los testamentos cuando pelagra la vida, cuando el enfermo se halla en un medio-estupor, y deseoso de que cuanto antes le dejen en paz sin causarle mas molestias: lee pues el escribano ante los testigos la disposicion del testador, ó acaso la suya propia, á la cual generalmente pondrá éste poca atencion y preguntándosele si lo que se ha leído es su voluntad responde que sí, y con solo esto es suficiente. Mas no se hace cargo que esta afirmacion del testador es muchas veces insignificante y no espresa su verdadera voluntad, ya porque no es creíble que haya puesto la debida atencion á la lectura en razon de su disposicion fisica, ya porque aun el mas sano puede engañarse en entender lo contrario de lo que se le lea, ya tambien porque un enfermo dirá cualquiera cosa á trueque de que no le mortifiquen mas.

Cuarta: me parece que las formalida-

des que se establecen para el testamento cerrado son en mucha parte inútiles, en cuanto exigen cosas no necesarias para la justificación de la voluntad secreta del testador; porque á la verdad yo no veo por qué en ésta se hayan de exigir siete testigos y escribano para no testificar mas que acerca de la identidad de la cubierta del papel, cuando para comprobar la misma declaración de la voluntad, siendo abierta, solo se requieren tres testigos con el escribano. ¿No es á la verdad chocante que se establezca mas formalidad para un acto estérno que para la misma sustancia de la cosa? Pero bien ¿se puede estar seguro que á pesar de este aparato de firmas y sellos exteriores no podrá extraerse el papel interior y suplantarse otro? Me parecería, pues, mucho mejor disponer que cuando el testador no quiera descubrir su voluntad baste para comprobarla que él mismo, declarando ser aquel su testamento, firme el papel en que lo escriba juntamente con tres testigos, los cuales sin duda bien podrían echar una firma sin leer lo contenido en aquel. Esto bastaría para comprobar la voluntad del testador; y es en mi concepto necesaria la asistencia de los testigos; porque siendo tan fácil la suplantación de una firma, no quedaría sin duda bien legitimada aquella.

Quinta: apenas hay necesidad de explicar aquí las calidades que deben tener los testigos que han de asistir á los testamentos, pues parece que esto es perteneciente á la parte de enjuiciamiento y no á este lugar. Sin embargo, diré de paso que en mi concepto los de quince años no son todavía personas bastantes capaces para confiar á su testimonio un acto tan importante como lo es un testamento, y que al contrario no encuentro razón sólida para escluir de él á las mugeres que

sin duda tratándose de memoria, la tienen generalmente tan buena ó mejor que la de los hombres, y en punto á perspicacia para evitar fraudes que pueden intentar cometer algunos circunstantes, no la tienen tampoco inferior á aquellos. En lo demás me parece fundado el que por una parte no se admitan los herederos y sus próximos parientes, ni que por otra tengan lugar los descendientes y ascendientes respectivamente: esto es necesario para conseguir una intervención imparcial y exenta de interés.

INSTITUCION DE HEREDERO.

Después de establecida cierta porción legítima para los descendientes y ascendientes, como lo establecen nuestras leyes, en cuyo punto las considero bastante justas, parece que no se puede dar el nombre de heredero testamentario sino cuando el testador da á uno sus bienes sin estar ligado por la ley en la disposición libre de ellos; y por lo mismo, no podrá decirse que uno representa al difunto si no es en este caso. La herencia pues, supone ser una cosa gratuita y voluntaria, una cosa que el testador podía dar ó dejar de dar; pero en lo que está comprendido en la porción legítima sucede todo lo contrario, pues que es una aplicación forzosa que proviene de la misma ley, y que por consiguiente no puede decirse que la haga el testador. Así, hablando con propiedad jurídica, deben distinguirse cuidadosamente ambos modos de adquisición por testamento y por sucesión: este es un cimiento que si no se establece bien, puede caerse fácilmente en error.

Pero en fin, sea de esto lo que quiera, vamos á ver cómo se hace la institución de heredero. Sin duda que en todo acto civil lo primero que debe constar es aquello que se hace, porque es claro que sin

mas se debe confesar que como estas posteriores no hablan del derecho de acrecer, adoptado por aquellas en los casos de haber herederos conjuntos, habrá casos en que las primeras deban aplicarse.

Por mi parte, yo no sabré aprobar este acrecimiento aun en circunstancias de conjuncion; porque fuera de qué no puede fundarse semejante doctrina en la presunta voluntad del testador, ella destruye claramente el principio de que la disposicion testamentaria no surte efecto alguno hasta el fallecimiento de éste. A la verdad, por mas que me digan los romanistas, yo no veo esta voluntad presunta del testador de que la porcion del que fallece se aumente á la de su coheredero en lugar de pasar al heredero *abintestato*, y sí únicamente encuentro una espresa de dar á cada cual una cantidad señalada. No puede pues inferirse de aquí, ni que la determinacion del testador sea la de privar de todas maneras al heredero *abintestato* de la porcion dejada á la totalidad de los coherederos, ni que su afeccion sea mayor ácia el sobreviviente que ácia éste; porque es evidente que uno puede tener voluntad de dar á otro cierta suma por la persuacion en que se halla de bastarle ésta para sus necesidades, ó por otra razon, pero no para mas. He dicho tambien que esta doctrina está en oposicion con el principio de que las disposiciones testamentarias no surten efecto alguno hasta el fallecimiento del testador; porque en efecto, es consiguiiente á él, que muerto el heredero antes que éste, caduque la liberalidad ejercida y se considere por no hecha, y no hay duda que el adquirirse por el coheredero su porcion, tiene lugar antes que el mismo testamento empiece á tenerlo, supuesta la existencia del testador. Además, si el coheredero adquiere antes de la muerte de

éste la porcion de su conjunto, debería hacerse esta disposicion de una manera eficaz y estable, pues adquisicion y derecho de privacion en otro son contradictorios. ¿Y cómo puede suponerse adquirida aquella, cuando el testador puede revocar todavia la disposicion ó hacer ineficaz todo el testamento?

La institucion indirecta de heredero, conocida entre los juristas con el nombre de fideicomiso, apenas puede tener lugar en una legislacion franca cual propongo; ni aun cuando algun testador use de semejante lenguaje oblicuo é irregular, debe ella hacer que se supongan dos instituciones siendo en realidad una sola. Los fideicomisos, pues, debieron su origen entre los romanos á la dureza de las leyes, las cuales inhabilitando para adquirir herencias á un número muy grande de personas, pusieron á los testadores en la precision de hallar un medio para eludir las que fué nombrando *pro forma* heredero á uno capaz de serlo legalmente; pero suplicándole ó encargándole entregase la herencia al incapaz. De aquí resultaba, que cumplido este encargo conseguian aquellos sus deseos, que eran de que el fideicomisario disfrutase de sus bienes. Es verdad que en su principio estos encargos de los testadores no eran obligatorios, pues solo dependian de la piedad, honradez y pudor de aquellos á quienes se hacian; mas Augusto convirtió luego en obligacion civil lo que antes era de voluntad, de donde resultó que las mismas leyes aprobasen por una parte lo que reprobaban por otra.

De los romanos se introdujo entre nosotros esta legislacion, pues las partidas la adoptaron completamente, de modo que vino á alzar así la multitud de prohibiciones que poco antes habia establecido para recibir herencias. Yo no diré

que esto sea un mal, puesto que segun tengo manifestado es el mayor absurdo incapacitar á uno generalmente para adquirir, ya que por consiguiente todo lo que se dirija á obtener la adquisicion es útil; ¿pero no se hace así una legislacion ridícula y contradictoria? Habilite pues la ley francamente á todo el mundo para adquirir; entonces los testadores no tendrán necesidad de estos rodeos para dejar á las personas de su aficion sus bienes, y con esto cesarán los fideicomisos. Apesar de esto, si algun testador usare de estos medios oblicuos para dejar á otro su herencia, yo no veré en esto mas que una sola institucion, ni en el llamado heredero fiduciario mas que un mero comisionado para hacer la entrega: por lo mismo no hallo razon alguna para que la ley le conceda la cuarta trebeliánica.

DE LAS MEJORAS.

MEJORAS ESPRESADAS.

En este título se trata de la porcion de bienes de que puede uno disponer en favor de alguno de los hijos ó nietos, además de la que se ha concedido distribuir á los estraños; pero me parece que si el plan que he propuesto en aquel punto es arreglado, nada conveniente será esta segunda facultad que aquí se da y que ahora voy á examinar. En efecto, se ha fijado en él la cuota disponible con arreglo á bases que al parecer son las que deben tenerse en consideracion, á saber: la proximidad de parentesco, el número de personas, esperanzas mas ó menos fuertes adquiridas en vida; en fin, se ha atendido aun en parte á la necesidad mayor ó menor de los hijos. En todo, pues, se ha tratado de perjudicar en lo menos posible á éstos, al mismo tiempo de dejar á los padres la suficiente porcion para recompensar los beneficios y servicios que

tal vez hubiesen recibido, sea de estraños ó de algunos hijos; para corregir las imperfecciones de la naturaleza y de la ley; en fin, para los demás objetos de la testamentifaccion. Por tanto, si la cuota que se le ha dejado allí al padre es bastante, parece que todo aumento de poder será perjudicial á los hijos. Es claro que no puede usar de esta liberalidad á favor de uno de ellos sin privar al mismo tiempo de ella á los demás; perjuicios que en mi concepto no se compensan con las ventajas del padre, porque cuanto mayor sea la disponibilidad de éste, tanto mas es puesto es que ejerza sobre aquellos el despotismo doméstico. ¿Por ventura esta estension de facultades es necesaria para contener á los hijos en su deber? Yo creo que la desheredacion por una parte, y la disponibilidad general por otra, son medios mas que suficientes al efecto.

Establecido esto, vamos á examinar ahora otras disposiciones de este tratado, disposiciones cuyo verdadero lugar era el en que se trató de la cuota de que puede uno disponer libremente. Entre éstas se encuentra primero la que concede al padre la facultad de señalar las cosas en que ha de consistir la porcion que deja; pero de manera que no pueda delegarla á otra persona alguna. Esto por una parte presenta la ventaja de que pudiendo conocer el testador cuál es la cosa mas adecuada para aquel á cuyo favor ejerce la liberalidad, y cuál para los demás herederos, esta eleccion redundará en beneficio de todos: además en casos de no conformarse los herederos legítimos y los mejorados sobre lo que cada cual habia de recibir, resultarían indudablemente discordias, y deberían pasar á enagenar algunas cosas por hacer pago en metálico, ambos tambien inconvenientes de alguna consideracion. Pero tambien suce-

derá con la facultad de señalar que el testador cuando la use echará regularmente mano de lo mejor de sus cosas, y de esta manera podrá perjudicar á los herederos. Sin embargo, este mal no es á mi parecer de tanto bulto como los anteriores. Por otro lado á no existir este derecho no se satisfarian en los mas de los casos los caprichos de los testadores, ni los fines por los que la ley concede la disponibilidad: tampoco es creible que un padre, mediante el afecto que profesa á sus hijos, se valga de esta facultad para perjudicarles.

Otra disposicion notable que se encuentra es la prohibicion de dar á las hijas por contrato entre vivos la porcion libremente disponible cuando esto sea por via de dote. Ya antes de ahora he advertido el disfavor y odiosa prevencion con que en muchos puntos miran nuestras leyes á las mugeres, y á mi entender esto es tambien lo que sucede en el presente, por mas que la que así lo establece se funda aparentemente en otras razones; porque parece que á no ser así no podia dictarse cosa semejante: examinemos con imparcialidad el asunto. Si el matrimonio es útil y digno de ser protegido y fomentado por la ley, seguramente que lo será tambien el no quitarle los medios necesarios para su conservacion y el aliciente para su celebracion: esto es claro. En el estado actual de la sociedad, en el que el hombre antes de contraer el matrimonio calcula como ha de mantener á la familia que actualmente conserva y á la que puede tener, cómo educar á sus hijos, cómo colocarlos, y en fin, proveer á sus necesidades, no se determina á abrazar este estado mientras no esté persuadido que sus propios medios son suficientes para llenar estas atenciones inseparables de él. A lo menos esto es lo que generalmente suce-

de cuando los matrimonios tienen lugar por reflexion y no por efecto de pasion: así lo que trata el hombre es de buscar una muger que tenga algun capital para que con él y sus propios recursos puedan sobrellevar las cargas matrimoniales. Por consiguiente, todo lo que sea impedir con prohibiciones el que una muger lleve al matrimonio ciertos bienes se dirige directamente contra la existencia de éste, y por lo mismo es perjudicial.

Ahora bien: ¿quién dudará que la prohibicion de dejar por contrato en favor de las hijas la porcion disponible por derecho tiende á disminuir las dotes? ¿Quién por lo tanto que no influirá esto para impedir la celebracion de los matrimonios? Bastará para comprobarlo observar generalmente cuál de dos solteras en igualdad de circunstancias halla antes acomodo, una pobre y una rica. Pero en fin la razon que se alega para justificar la prohibicion es que atendida la dificultad que comunmente suele haber para casar regularmente á las hijas, los padres para conseguirlo, ó como se suele decir á trueque de sacarlas de casa harán cualquier sacrificio, y por lo mismo pasarán á mejorarlas para el tiempo del enlace en perjuicio de los hermanos. Concibo desde luego la mayor dificultad que hay generalmente para acomodar á las hembras respecto de los varones, y que así los padres se hallarán algunas veces en el caso de hacer algun sacrificio por aquellas; mas esto en lugar de justificar la utilidad de la prohibicion de dejar á su favor la cuota disponible, probaria al contrario la necesidad de que las hijas saquen de las herencias una porcion mayor que la de los hijos, á lo menos sí indudablemente la dé no hacer á los varones de mejor condicion que á las hembras. ¿Por qué pues, á la debilidad del sexo ha de aumentar la ley incapaci-

dades para adquirir? Yo no encuentro razon. En lo demás ya se vé que por mas que un padre haga á favor de una hija la mejora para su casamiento, no por eso quedará ella tan dueña de ésta que no puedan hacérsele cargos en la cuenta que despues se le forme al tiempo de la division de la herencia.

El hecho de dejar la cantidad disponible entre vivos parece que debiera tener el carácter de irrevocable considerado como un contrato; pero en realidad no lo es, pues que siempre mira á la época de la muerte del donante para fijar la cuota, y de esta revocabilidad no resulta al hijo que está bajo la patria potestad tanto perjuicio como á los demás hermanos de la disposicion contraria. No obstante, puede haber y hay realmente ciertos casos en que la revocacion fuese muy perjudicial, á saber: cuando se da posesion de la cosa donada, y esto se hace por causa onerosa. Así me parece que aunque se debe declarar en general la revocabilidad de la mejora, deben exceptuarse los casos en que resultan males de mucha consideracion al agraviado. Supóngase sino por una parte qué pena y sentimiento habia de sobrevenir á uno que al cabo tal vez de muchos años de posesion se le quita la cosa recibida de su padre á título de dejacion de la parte disponible; recuérdese tambien el pesar que debería causársele de verse privado de las mejoras que le hubiere hecho, y finalmente, considérense los perjuicios que pueden resultar de esta inseguridad de propiedad y se concluirá fácilmente en la utilidad y conveniencia de la excepcion.

Agréguese á esto que el hijo que llega á casarse ó á formar otro establecimiento arreglará su conducta bajo el cálculo de ser cierto, seguro é indudable el goce de la promesa que le hace su padre;

por lo mismo véanse los males que le pueden sobrevenir de una variacion de la voluntad de éste. La muger que se casaria con él, si la mejora que le hace su padre de la cuota libre fuese irrevocable por derecho, titubearia tal vez y no verificaria el matrimonio á causa de quedar espuesta á ser revocada por capricho: he aquí tambien otro inconveniente para impedir el matrimonio. Las consecuencias son mas trascendentales de lo que á primera vista parece. Sin embargo, estos principios tienen tambien sus justos límites fundados en justicia. Aquel á cuyo favor se hace la mejora queda con la obligacion del reconocimiento ácia su bienhechor; por lo mismo si olvidado de este deber comete algun hecho atroz contra él, justo es que pueda ser privado de la mejora. Esta doctrina asentada acerca de las donaciones en general, es tambien aplicable al presente caso.

En cuanto á lo que se establece sobre las promesas de donar ó no donar, poco hay que decir. Una disposicion ordena que la promesa de dejar la porcion disponible hecha por un ascendiente á su descendiente por escritura pública y por causa onerosa, es obligatoria á aquel, y que por lo mismo si no lo verificase en vida debe considerarse como hecha la donacion, lo que es muy conforme con lo que de antemano se ha manifestado; de suerte que tanto vale en este caso declarar de presente „yo te dejo la parte disponible,” que el decir en una escritura solemne „yo te dejaré;” pues es claro que en el mismo hecho de otorgar ésta, la voluntad declarada fué hacer la mejora y eso basta. Lo mismo puede decirse de la promesa que en escritura pública un padre haga á su hijo de no disponer á favor de alguno de la cantidad libre, lo que equivale á dejárselo al mismo si es sólo,

ó á mandar distribuir con igualdad entre todos los hermanos si hubiere mas de uno. Sin embargo, es de observarse que ésta doctrina debe tener únicamente lugar cuando la promesa se haya hecho por causa onerosa; porque en lo demás, segun he asentado antes, aun las mejoras verdaderas que no se hagan por tal motivo, conviene que queden en la clase de revocables, siempre que no se dé desde luego su posesion. Por consiguiente, la disposicion que en tal caso no oneroso haga el padre de la cuota legítimamente libre, como que equivale á una revocacion de la promesa anterior de no donar, debe tambien ser válida y eficaz.

MEJORAS TÁCITAS.

Pasemos ahora á las donaciones que hacen los padres á los hijos entregándoles de presente cantidades ú otras cosas, pero sin espresar que éstas hayan de reputarse por parte de la legítima como mejora. Ante todo es menester convenir que todas estas cantidades ó cosas que los padres dan á los hijos, deben tenerse dadas como parte de la legítima que les ha de corresponder despues de su muerte; así como nada mas regular que cuando uno debe á otro alguna cantidad y le entrega algo, se considere esto como en pago de la deuda, de donde se seguirá que solamente deberá reputarse por mejora aquello que exceda de la legítima. Poco importará por consiguiente el saber por qué título da el padre la cosa al hijo, si por causa onerosa ó no; porque de cualquier manera que sea, siempre será cierto que no le podrá dejar legalmente mas que la legítima y la porcion disponible por derecho. Digo legalmente, pues claro es que por mas que le dé en vida, no se le puede hacer cargos sobre si se ha excedido ó no con él;

mas llegado el caso de su fallecimiento y haciendo los herederos una division formal de la herencia todo entrará en cuenta igualmente.

Si pues el padre puede dar en vida á su hijo cuanto quisiere por cualquier título y concepto que sea, y esta donacion se sostendrá en cuanto que no exceda de la legítima y porcion disponible, ¿para qué es esta distincion tan cacareada de donacion por causa simple y por causa onerosa, adoptada por los comentadores de las famosas leyes de Toro? Ella desde luego da la idea de que la donacion por causa onerosa, como que es hecha por algun motivo obligatorio y no voluntariamente, debe cargarse en cuenta de la legítima rigurosa, siendo lo contrario respecto de la donacion simple. ¿Mas será cierto segun los principios establecidos que no debe hacerse al donatario cargo de ésta? Sin duda que no; pues que se sostendrá únicamente en cuanto no exceda de la legítima rigurosa y cuota de libre disposicion.

REGULACION DE LAS MEJORAS.

Dícese que las mejoras se han de regular por lo que valea los bienes del donante al tiempo de su muerte, despues de rebajadas las deudas que dejare, y yo creo que sobre esto apenas puede ofrecerse duda alguna. No hay herencia hasta la muerte; toda mejora se entiende ser de parte de la herencia; y no se verifica ésta hasta que sea deducido del cúmulo de los bienes de las existencias el importe de los débitos. Pero podrá preguntarse cual sea la razon ¿porqué se ha de atender á la época de la muerte y no al tiempo en que se hace la donacion? Ella es bien obvia; pues que hasta entonces no puede asegurarse cuál haya de ser el capital hereditario, el que puede aumentar-

se ó disminuirse despues de la donacion, y el mejorante no puede en justicia ni perjudicar á los acreedores ni á los mismos hijos; lo que podria suceder si el valor de la mejora se hubiese de computar segun el estado del tiempo de hacerse. Así nada mas conforme ni mas justo que el que se mire al momento del fallecimiento de uno para hacer todas estas distribuciones de sus bienes.

Por lo mismo parece contradictorio el que las dotes y otras donaciones que se hicieren en vida y hayan salido del patrimonio, no deben reputarse por tales bienes para el efecto de sacarse de ellas las mejoras. Debiendo considerarse las dotes y otras entregas semejantes como una parte aproximativa de la legítima rigurosa, que les ha de corresponder cuando muera el padre, todo lo que salga del patrimonio lleva invívita la condicion de que lo restante alcance á cubrir la porcion á que tengan derecho los demás hermanos y herederos. Por otro lado, no habiendo hecho el padre todavía la disposicion de la mejora, la conservará hasta la época de su fallecimiento estendiéndose su derecho á todos los bienes que posee, y como debe tenerse en cuenta ó traerse á colacion lo que cada cual ha tomado, parece que no debe hacerse distincion de si las dotes salieron ó no del patrimonio. No obstante este aparato de razones jurídicas, preveo desde luego una observacion, la cual á la verdad á ser exacta podria hacer titubear á cualquiera para decidir esta cuestion. Puede decirse que esto quita la estabilidad y firmeza á las dotes, pues con la mejora posterior que se haga aun respecto de ellas se disminuirán bastante; todo lo cual se dirigirá en último resultado contra los matrimonios, de los que muchos dejarán de celebrarse temiendo que la dote que

se ofrece puede llegar á alterarse. Mas esto está ya contestado de antemano. He dicho que toda vez que una cantidad dada por cualquier título no exceda á la legítima y mejora, se sostendrá legalmente sin que sufra variacion, y así es que el donante no podrá desde entonces disponer de mas que del resto hasta completar la porcion ó porciones que la ley le ha permitido: por lo mismo solo en el caso de que no se cubra la legítima de los hermanos tendrá baja lo dado, y en verdad que entonces es justo, pues que dió una cosa que no era suya. Con todo, como esta determinacion se funda en la donacion de una cosa ajena, es decir, en que uno dispone de una parte mayor de la que le correspondia, el favor de los matrimonios parece exigir que en el otro caso, que es cuando habiendo dado lo que al caudal alcanzaba resultase despues disminucion de éste, se tenga por válido y eficaz lo así entregado.

De otra manera ¿con qué seguridad podrá contar un marido con la dote que le trae su muger, por mas que en tal época el padre de ésta tenga bienes bastantes? Es indudable que esta inseguridad disminuiria muchos enlaces. Igual medida deberia en mi concepto adoptarse respecto de acreedores estraños, cuando el capital paterno tiene considerables bajas por las deudas que se contraigan despues de la constitucion y entrega de la dote; pues sobre qué toda deduccion de ésta perjudicaria al marido, claro es que no pueden aquellos contar sino con los bienes que poseia al tiempo de las contrataciones, ni por lo mismo parece justo hacer retro-obrar sobre los que ya salieron del patrimonio y que tal vez estarán consumidos. Pero al propio tiempo, por no favorecer la mala fé de algunos padres, que defraudando á sus acreedores dieran do-

tes sucesivas, en proporcion á sus medios de fortuna, es preciso tomar medidas que aseguren que en la época de hacer estas entregas tienen bienes bastantes para cubrir sus deudas. Esto se conseguirá por medio de un inventario que entonces se verifique de su estado, y por consiguiente parece que él es necesario, si se quiere conservar el derecho de hacer estable la dote en caso de una desgracia posterior del padre. De esta suerte me acerco á la disposicion de la ley de Toro que concedia á las hijas el derecho de elegir para el cómputo de las dotes en las herencias paternas, ó bien el tiempo de constituir las ó el de la muerte del padre.

Tenemos otras varias disposiciones que establecen que la porcion disponible libremente, es decir, el quinto de los bienes debe ser gravada con los legados ó lo que es lo mismo, que el testador no puede dejar en legados teniendo hijos mas del importe del quinto, ó mas del tercio habiendo ascendientes, lo cual me parece bastante justo. Mas en cuanto á los gastos de entierro no veo la cosa tan regular: claro es que éstos no constituyen una liberalidad del testador á favor de alguno; por lo mismo ya que se ha considerado útil el conceder la libre disponibilidad de cierta cuota, todo lo que sea

privar ó disminuirla debe parecer perjudicial, y por consiguiente tambien el cargar el testador los gastos funerarios en cuanto esa cantidad libre. No diré yo por esto que tales gastos no deban tener la debida preferencia respecto de las demás deudas del difunto, ó que no sea conveniente evitar que con este motivo se hagan sufragios y funerales costosos. Sobre lo primero trataré en el título de graduacion de créditos ó concursos de acreedores; lo segundo podrá ser objeto de disposiciones particulares ó leyes suntuarias, lo cual es ageno de mi propósito. Volviendo pues á mi tema, digo que los gastos de entierros como que son hechos por causa y utilidad del difunto, deben considerarse como una deuda de la herencia, sin que obste para ello la consideracion de que son causados despues de su fallecimiento, y que en el acto de verificarse éste los acreedores tienen un derecho adquirido á todos los bienes que entonces existan. Esto no es mas que una sutileza de principios, pues bien se vé que no puede menos de hacerse el entierro de un cadáver; la muerte es una deuda que necesariamente debe satisfacer todo hombre, ¿y qué mas justo que el que todos sus bienes indistintamente contribuyan para pagarla?

TITULO 5º.

De la sustitucion de heredero.

CAPÍTULO I.

DE LA SUSTITUCION EN GENERAL.

1. ¿Qué cosa es sustitucion?
2. Causa de su introduccion.
3. Sus diferentes especies.
4. Si debe hacerse en testamento.

5. Si las condiciones impuestas á los herederos pasan á los sustitutos.
6. Condicion casual.
7. Condicion potestativa.
8. Cuando comprenden á todos los herederos.

1. Sustitucion, cuya denominacion viene de la palabra latina *sub-instituere*, es la institucion de un segundo heredero, con el objeto de que perciba la herencia á falta del instituido en primer lugar, ó lo que es lo mismo, unas instituciones condicionales puestas subsidiariamente despues de la institucion principal.

2. Se introdujeron las instituciones con el objeto de que no caducasen las disposiciones de los testadores, precaviendo de este modo el que muriesen abintestato; pues se ha reconocido la utilidad de que haya una persona que representando al difunto, cumpla con lo ordenado por él en su última voluntad.

3. La sustitucion es de dos maneras: *directa* y *oblicua*. La primera es aquella que se hace con palabras directas, en cuyo caso percibirá el sustituto la herencia por sí, sin intervencion de ninguna persona; y la segunda, la que se hace con palabras indirectas ú oblicuas, obteniéndola en este caso por medio de un tercero. Se divide en seis clases, que son: *vulgar*, *pupilar*, *ejemplar*, *compendiosa*, *brevilocua* ó *recíproca*, y *fideicomisaria*. Esta division pudiera reducirse muy bien á tres especies, segun los efectos que producen y personas que pueden hacerla, á saber: *vulgar*, *pupilar* y *ejemplar*, pues la sustitucion *compendiosa* y *brevilocua* son mas bien modos de sustituir que distintas especies de sustitucion, y la *fideicomisaria* no es llamada generalmente sustitucion, sino simplemente *fideicomiso*. Sin embargo trataré de cada una de ellas en su lugar oportuno.

4. La sustitucion directa como una

verdadera institucion de heredero debe hacerse en testamento; mas la indirecta ú oblicua puede hacerse en codicilo, en cuya disposicion testamentaria es indudable se puede quitar la herencia al instituido, y nombrar indirectamente otro heredero, quedándole á aquel la facultad de sacar la cuarta trebeliánica, como se verá mas adelante.

5. Por regla general puede decirse que la condicion impuesta al heredero instituido no se entiende repetida en el sustituto, y por consiguiente no pasa á él. Mas esta regla tiene algunas excepciones.

6. Si la condicion casual fué puesta restrictiva y personalmente al instituido, no se juzga repetida la condicion, y lo mismo sucederá si se impuso á cierto grado ó persona nombrada. Pero si dicha condicion fué impuesta á todos los grados y personas nombradas, entonces se juzga repetida y pasará al sustituto.

7. Si la condicion fuese potestativa y coherente á la persona, no se presume repetida en el sustituto, como si dijese el testador: *Instituyo por mi heredero á Juan si se casare con María, y le doy por sustituto á Pedro*; pero se entenderá repetida si no fuese coherente á la persona, como si dijese: *Instituyo á Juan si diese cien pesos á Antonio, y del mismo Juan nombro sustituto á Pedro*.

8. Finalmente, si la condicion ó gravámen se imponen despues de los grados de institucion y sustitucion, comprenden á los instituidos y sustituidos, y se presumen repetidos en todos y en cada uno de ellos.

CAPÍTULO II.

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

1. ¿Qué es sustitucion vulgar?
2. Sus divisiones.
3. ¿Qué debe hacerse cuando la institucion es desigual?
4. Caso de nombrarse varios sustitutos.
5. ¿Cuándo acaba esta sustitucion?

1. La sustitucion vulgar, así llamada por ser la mas comun y usual, es una institucion condicional para el caso en que los primeros instituidos no sean herederos, ya porque lo rehusen, ya porque no tengan capacidad. Puede usarse de esta sustitucion cuantas veces se quiera, bien nombrando muchos sustitutos á uno solo ó viceversa, ó bien sustituyendo mutuamente á los mismos instituidos; en cuyo caso los herederos recibirán la parte de los que dejen de serlo, no por derecho de acrecer, sino por la sustitucion, y no en virtud de la primera adicion, sino en virtud de otra nueva, que voluntariamente pueden hacer.

2. Es de dos maneras: *expresa y tácita*. *Expresa*, es aquella en la que se designa al sustituto de un modo terminante, por ejemplo: Instituyo por mi heredero á Juan, y si no lo fuese, séalo Antonio. Si el primero muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere aceptarla, pasará al segundo, y así sucesivamente al último, si se hubiese nombrado uno ó mas sustitutos. Y será *tácita*, si dijese el testador: nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan, y el que me sobreviva sea mi heredero. Si á la muerte del testador vivieren todos, entrarán á la he-

rencia por iguales partes, y si uno solo, la percibirá íntegra (1).

3. Si el testador instituyere varios herederos en desiguales porciones y muriese alguno, ó no admitiese la suya, le herederán los otros en proporcion á la cuota que á cada uno le hubiese designado (2); y la razon es porque la sustitucion sigue las mismas reglas que la institucion. Esta doctrina tiene dos excepciones: 1.ª Cuando el testador dispusiere lo contrario: 2.ª Cuando se coligiese otra cosa del gravámen impuesto igualmente á los herederos.

4. En el caso de que á un instituido se hubiese nombrado por orden varios sustitutos, debe observarse la regla que el sustituto del sustituto lo es tambien del instituido.

5. La sustitucion vulgar concluye por las mismas causas generales, que hacen fenecer toda institucion, y además si falta la condicion bajo la cual se hizo, es decir, si el instituido llega á ser heredero; pues en tal caso trasmite á los suyos los derechos adquiridos por la adicion (3).

(1) Ley 2, tit. 5, p. 6.

(2) Ley 3, tit. 5, p. 6.

(3) Ley 4, tit. 5, p. 6.

CAPITULO III.

DE LA SUSTITUCION PUPILAR.

1. Su definicion.
2. Requisitos necesarios para su validez.
3. Es manifiesta y tácita.
4. Excepcion de la anterior doctrina.
5. Sustinucion del póstumo.
6. Sustinucion del hijo arrogado.
7. Sustinucion del desheredado.
8. No puede el abuelo sustituir pupilarmente al nieto.
9. ¿El sustituto pupilar escluye á la madre?
10. El sustituto pupilar queda dueño absoluto de los bienes.
11. No se le permite eleccion.
12. Causas porque se concluye.
13. Advertencia para la mayor inteligencia de esta materia.

1. Se llama sustitucion pupilar la que hace el padre por sus hijos legítimos impúberos que están bajo su potestad, para el caso de que mueran dentro de la púbertad. Es, propiamente hablando, el testamento del hijo hecho por el padre accesoriamente al suyo.

2. Como el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad, solo el padre puede hacerla; mas para que sea válida deben concurrir los requisitos siguientes:

- 1.º Que el pupilo sea hijo legítimo del testador, ó prohiado por via de arrogacion.
- 2.º Que esté bajo su potestad, y no sea póstumo.
- 3.º Que sea menor de catorce años, si es varon, ó doce si fuere hembra, pues pasada esta edad, pueden ya testar por sí (1).
- 4.º Que sea instituido ó legitimamente desheredado.
- 5.º Que despues de la muerte del testador pase á ser persona *sui juris*; es decir, que no caiga en el dominio ó potestad de otro.
- 6.º Que entre efectivamente en la he-

rencia paterna, pues si se muere antes que el padre, caduca la sustitucion; haciéndose éste dueño de los bienes y no el sustituto. Pero es de advertir que aunque esta sustitucion se haga en una sola cosa, se estiende á todos los bienes del pupilo, siendo hecha directamente, del mismo modo que la Institucion en una cosa, se estiende tambien á toda la herencia (1).

3. Puede hacerse ó bien de un modo manifiesto, como cuando se dice: instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de catorce años, y si llega á heredarme y muere antes de cumplirlos: séale suyo Juan: ó bien tácitamente, como si dijere: Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo menor de catorce años, á Juan y Francisco mis amigos, y quiero que el que de éstos fuere mi heredero, lo sea de mi hijo. Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma, Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, que está en la edad pupilar,

(1) Leyes 5, tit. 5, part. 6, y 4, tit. 18, lib. 10, N. R.

(1) Ley 14, tit. 3, Part. 6.

y si no lo fuere, nombro en su lugar á Francisco. Como en este caso se comprende la institucion vulgar en la pupilar, heredará el sustituto al hijo en todos sus bienes, aun cuando éste no entre en la herencia, si muere antes de la pubertad. (1).

4. Pero esta doctrina no procede (2), cuando el testador tiene dos hijos, uno mayor de catorce años y otro menor; y los instituye herederos diciendo: que si alguno de ellos muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere ser su heredero, lo sea el otro en su lugar; pues en este caso no seria el mayor sustituto pupilar del menor, aun cuando siendo heredero muriese antes de la pubertad, sino que le heredaría en atencion á la proximidad del parentesco: la razon que da la citada ley es porque se juzga que el padre quiso igualarlos, y por lo mismo fué su voluntad que el mayor solo fuese sustituto vulgar del menor, puesto que éste no podia ser sustituto pupilar de aquel. Y como en dicho caso de que el menor hubiese sido heredero, cesó tambien la sustitucion vulgar, el mayor no podia sucederle de otro modo, sino en atencion á la proximidad del parentesco guardándose sin embargo las reglas de la sucesion intestada. Lo propio debe observarse cuando algun estraño es instituido por heredero sustituto con el hijo menor del testador. (3).

5. Aunque el padre no tiene potestad sobre el hijo póstumo hasta que nace, ni antes de este momento se le debe la legítima, puede no obstante ser sustituido pupilarmente, y tambien nombrado sustituto del heredero; porque en todo lo favorable se le considera como nacido.

6. Igualmente puede el padre adoptivo dar al hijo arrogado sustituto pupilar en todos los bienes que debe de heredar de él, y en los que algun amigo del mismo adoptante le hubiese legado ó donado; pero no en los que herede de su padre natural ó de algun otro; porque éstos pertenecen á sus parientes abintestato, á menos que el testador dispusiese cosa en contrario.

7. Tambien puede nombrar sustituto pupilar al hijo desheredado, con tal que la desheredacion haya sido hecha en la forma y por una de las justas causas que el derecho prefija, siendo el hijo mayor de diez años y medio; porque antes de esta edad no puede ser justamente desheredado (1). Puede así mismo el padre gravar al sustituto del hijo desheredado con la obligacion de pagar cierta manda ó legado de los bienes que por cualquier concepto pertenezcan al primero, exceptuando los que adquiera de su madre, en los que no está aquel obligado á entregar la manda al legatario.

8. Por derecho de las partidas (2) puede el abuelo sustituir pupilarmente á su nieto legítimo. En el dia no tiene facultad, porque como el hijo casado y velado sale de la potestad del padre (3), no puede estarlo el nieto en la de aquel, ni por consiguiente nombrarle sustituto pupilar.

9. Segun el mismo derecho de las partidas puede el padre escluir á la madre de la herencia del pupilo por medio de la sustitucion pupilar espresa (4): lo cual parece que repugna atendida la disposicion de la ley 6 de Toro (5), que dice: *que los ascendientes sean herederos*

(1) Ley 5, tit. 5, part. 6.

(2) La misma ley 5.

(3) La misma ley 5.

(1) Ley 9, tit. 5, p. 6.

(2) Ley 5, tit. 5, p. 6.

(3) Ley 47 de Toro.

(4) Ley 12, tit. 5, p. 6.

(5) Ley 1, tit. 20, N. R.

de sus descendientes legítimos *extesamento y abintestato*. En el núm. 1 de este capítulo se ha asentado la doctrina de que la sustitucion pupilar es un testamento que hace el padre á nombre del hijo, y de consiguiente es claro que aquel no puede tener mas facultades que las que tendria éste si hiciere testamento, en cuyo caso por disposicion expresa de la ley debe dejar á su madre intacta la legítima. Pueden sin embargo alegarse en contra de esta doctrina las razones algunas fundadas, que esponen Febrero y otros intérpretes de nuestro derecho; pero para apreciarlas en el valor que se les atribuye, seria indispensable una declaracion legal que las sancionase, pues de otra suerte ni el derecho comun ni el de la naturaleza pueden resolver en contra de la madre y á favor del sustituto esta cuestion que la práctica tiene ya en sentido contrario decidida. Mas si todavia se quisiere robustecer esta opinion y defender los derechos de la maternidad con nuevos racionamientos, existen muy poderosas razones que destruyen la pretendida preferencia del sustituto, pues las palabras de la ley *ú otros que hayan derecho de los heredar*, en las cuales se fundan los que sostienen la opinion contraria, lejos de poder convenir al sustituto pupilar, como ellos interpretan, pueden solo aplicarse á otros descendientes que sin ser de los legítimos de que habla la ley anteriormente, tienen sin embargo derecho preferente al de la madre, para entrar en la herencia del padre. La ley además no ha podido presumir que el hijo hubiese antepuesto el amor del sustituto, es decir, de un extraño al amor y cariño de aquella persona que en mas estima tienen los hombres, cual es la madre. Así que el sustituto pupilar, viviendo la madre del instituido, podrá á lo su-

mo tener derecho al tercio, y para evitar dudas será conveniente que el padre por medio de una cláusula así lo espresé y declare. Esta es la opinion, que despues de un detenido exámen me ha parecido mas conforme con los principios de justicia que brillan en esta parte de nuestra legislacion.

10. Muerto el pupilo antes de la pubertad, adquiere el sustituto el dominio no solo de los bienes que aquel heredó del testador, sino de todos los que por cualquier concepto le correspondan; del mismo modo que si el pupilo siendo capaz de testar y no teniendo herederos legítimos, le hubiese instituido como tal; á no ser que aquel tuviese prohibicion legal de heredar, en cuyo caso entrarán los herederos del pupilo abintestato (1).

11. El sustituto está obligado á aceptar, no solo los bienes que le tocan por parte del padre del pupilo, sino tambien los que le correspondan por la de su madre ó por la de otro pariente ó extraño, ya sea heredero juntamente con él ó únicamente sustituto, y de no aceptarlos, nada percibirá, porque como ha de representarlo en el todo, no se le permite eleccion ni aceptacion parcial (2).

12. Concluye la sustitucion pupilar por las causas siguientes: 1.ª Por llegar los pupilos á la pubertad; 2.ª Por perder el derecho de ciudadanía; 3.ª Por perder el de familia; 4.ª Por romperse y anularse el testamento en que se hizo; 5.ª Por otorgar el testador otro perfecto con revocacion de los anteriores; 6.ª Por nacimiento de algun hijo de quien el padre no hizo mencion específica ni genérica en el testamento; 7.ª Por no aceptar el pupilo la herencia; pero si se arre-

(1) Ley 7, tit. 5, p. 6, d. tit. 5, l. 1, p. 1 (1)

(2) Ley 8, tit. 5, p. 6, d. tit. 5, l. 1, p. 1 (2)

piente despues, se le debe restituir, y entonces revive la sustitucion (1). Esta última causa no tiene lugar en el dia, porque los tutores aceptan la herencia á beneficio de inventario, y en nada intervienen los pupilos.

13. Para la mas perfecta inteligencia de esta materia, resta advertir que si el sustituto muere antes que el sustituido, no trasmite á otro el derecho que tenia á

suceder por la sustitucion pupilar: á menos que sea de los hijos ó descendientes del testador ó estraño que hubiese sido nombrado sustituto en segundo grado; pues en éstos podrá trasmitirse el derecho que tenia el primer sustituto; ó si la sustitucion pupilar está unida al derecho de acrecer, en cuyo caso no se sucedrá por este derecho, sino por la sustitucion.

CAPÍTULO IV.

DE LA SUSTITUCION EJEMPLAR.

1. Su definicion.
2. Personas que pueden hacerla.
3. Orden que debe guardarse.
4. Causas porque concluye.

1. Se da el nombre de ejemplar á esta sustitucion porque se hace á imitacion de la pupilar, y es aquella que hacen los ascendientes con respecto de sus descendientes, que tienen derecho de heredarlos, y están imposibilitados de testar por su locura, estupidez á otro defecto semejante, para el caso de que mueran en este estado.

2. Pueden hacerla el padre, madre y abuelos á sus hijos ó nietos legítimos de ambos sexos, ya estén en su poder ó ya casados, ó emancipados; y la madre además puede sustituir ejemplarmente á los naturales, cuando se les deba su legítima, aunque no á los espúrios. El padre no tiene esta facultad con respecto á éstos ni á aquellos, porque no son sus herederos forzosos. Así lo disponen las leyes de partida (2). Mas como con arreglo á la disposicion de las de To-

ro pueda sostenerse que el hijo natural reconocido, ó que de otra suerte acredita plenamente su cualidad de hijo, debe ser en defecto de legítimos ó legitimados heredero de su padre por testamento y abintestato; es consiguiente, que al menos en semejante caso tiene éste la facultad de nombrar sustituto ejemplar. Los descendientes no la tienen con respecto á sus ascendientes, á pesar de que pueden ser curadores de éstos.

3. En esta sustitucion por derecho de las partidas (1), se observa el orden siguiente: 1.º Nombrar por sustitutos á los hijos del loco, fátuo ó desmemoriado, pues aunque los tenga puede ser sustituido ejemplarmente: 2.º A falta de ellos á los nietos y demás descendientes por su orden y grado: 3.º En su defecto á los hermanos con tal que sean de la línea del ascendiente; y últimamente á los estraños. En el dia, segun la ley 6 de

(1) Ley 10, tit. 5, p. 6.

(2) Leyes 1 y 2, tit. 5, p. 6.

(1) Ley 11, tit. 5, p. 6.

Toro (1), deben ser llamados á la herencia los ascendientes antes que los hermanos y que los estraños.

4. Acaba la sustitucion ejemplar por una de estas causas (2): 1.ª Cuando el loco, fátuo ó desmemoriado recobra su juicio y memoria, y no vuelve despues á su locura, pues de lo contrario revive la sustitucion, porque no se ha estinguido sino cesado por algun tiempo: 2.ª Cuando le nace despues algun hijo: y 3.ª Cuando el que la hizo la revoca por testamento.

CAPÍTULO V.

DE LA SUSTITUCION COMPENDIOSA.

1. Su definicion.
2. Quiénes pueden hacerla.
3. Varios casos de la ley de Partida.
4. ¿Que debe tenerse presente en la materia?

1. Sustitucion compendiosa es aquella que en breves palabras puede contener diversas sustituciones por la variedad de tiempo en que puede verificarse, y comprende todos los herederos instituidos y todos los bienes que el testador deja.

2. El padre puede hacerla á sus impúberos que están en su poder y se ordena en esta forma: Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, y en cualquier tiempo que muera séalo suyo Juan.

3. Una ley de partida (3) cita varios casos relativos á esta sustitucion, uno de ellos que si el padre es caballero ó soldado y muere dentro de la edad pupilar el hijo, dejando madre, heredará el sustituto todos los bienes de éste en virtud de la sustitucion pupilar comprendida en la compendiosa, y quedará escluida la madre. (Véase el núm. 9, cap. 3.º de este título).

4. Pero tanto el caso anterior como otros que añade dicha ley, pueden omitirse por no ser ésta la doctrina que en el dia rige, y debe tenerse muy presente la disposicion de las leyes de Toro citadas ya en los anteriores capítulos. En ella se previene (1) terminantemente sin escepcion de personas, que los ascendientes sean herederos de sus descendientes por testamento y abintestato, y estando, como lo está por esta ley, corregida la de partida, no debe seguirse en cuanto perjudique ó lastime los respetables derechos de la madre.

(1) Ley 1, tit. 20, lib. 10, N. R.

(2) Ley 11, tit. 5, p. 6.

(3) Ley 12, tit. 5, p. 6.

(1) Ley 6 de Toro.

CAPÍTULO VI.

DE LA SUSTITUCION BREVILOCUA.

1. ¿Cómo se define? y porción que les corresponde.
2. ¿Quién puede hacerla?
3. Clases que en ella se incluyen.

1. Llámase brevilocua ó recíproca, porque se hace brevemente ó con pocas labras, y es una sustitucion directa en que son mutuamente sustituidos los instituidos en primer lugar. Cada sustituto llevará una parte proporcional á la que se hubiese designado á los instituidos, á menos que otra cosa se coligiese de la voluntad del testador.

2. El padre tiene facultad de hacerla á sus hijos pupilos, y la cláusula se ordena de esta suerte: Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos

menores, y los hago mutuamente sustitutos uno de otro. También puede hacerse esta sustitucion entre herederos extraños.

3. En esta sustitucion se incluyen cuatro, dos vulgares y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere en la edad pupilar ó de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido (1). Pero cuando se hace entre extraños es evidente que puede comprender la pupilar.

CAPÍTULO VII.

DE LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA Y DE LA CUARTA TREBELIÁNICA.

1. ¿Qué se entiende por sustitucion fideicomisaria?
2. Personas que pueden hacerla.
3. Diferencia entre heredero fiduciario y fideicomisario.
4. Caso de que se imponga el gravámen al heredero con respecto á los coherederos.
5. ¿Qué sucede cuando muere el fideicomisario antes de la adición?
6. Obligacion del heredero gravado condicionalmente.
7. Si vale la sustitucion con la cláusula cuando él quiera.
8. Gravámen en un descendiente legítimo á favor de un extraño.
9. Puede el fideicomisario sacar la cuarta parte de los bienes.
10. Objeto de la cuarta trebeliánica.
11. ¿Qué es cuarta trebeliánica?
12. Forma en que debe sacarse.
13. El hijo del testador hace suyos los productos.
14. No puede apresurársele á que admita la herencia.
15. Está obligado á satisfacer á prorata las deudas.

1. Sustitucion fideicomisaria es la que hace el testador rogando ó mandando al instituido que restituya la herencia á otro. Su fórmula es la siguiente: Instituyo por

mi heredero á Pedro, y le ruego que restituya la herencia á Juan.

2. Todos los que son capaces de tes.

(1) Ley 13, tit 5, p. 6.

tar pueden hacer esta sustitucion, ó imponer este gravámen á cualquiera persona que instituyan por herederos, excepto los padres á los hijos, ó éstos á aquellos en sus legítimas.

3. Llámase generalmente heredero fiduciario el que debe entregar la herencia, pues en él deposita su confianza el testador; y fideicomisario aquel á quien se debe entregar, aunque este nombre se suele aplicar tambien al primero.

4. Instituyendo el testador muchos herederos é imponiendo á uno el gravámen de que entregue su parte á los coherederos, no han de percibirla éstos igualmente, sino con respecto á las suyas (1).

5. Si el fideicomisario muere antes de la adicion ó entrega de la herencia, trasmite á sus herederos el derecho que le compete, si la sustitucion es pura, mas no si fuere condicional.

6. El heredero gravado condicionalmente ó para cierto dia, tiene obligacion si el testador no lo prohíbe, de dar cuentas al fideicomisario despues de la entrega; para lo cual deberá formar inventario y darle una copia, en la que consten los bienes que debe entregar llegando el tiempo, ó verificándose la condicion.

7. Será válida la sustitucion que se haga imponiendo al heredero el gravámen de restituir la herencia con la cláusula de *cuando quiera*, y no se le podrá obligar á que la entregue hasta despues de su muerte, por suponerse que antes no quiere, y porque se concluye la voluntad con la vida.

8. Cuando el testador instituye heredero universal á un descendiente legítimo ó natural, y manda que se entregue la herencia despues de su muerte á un

extraño ó descendiente del mismo, se entiende gravada con la condicion tácita; *si no tuviere hijos ó descendientes* (1). Mas este gravámen se entenderá solo con respecto á los bienes que recibiera fuera de la legítima, la cual como hemos dicho en el núm. 2 de este capítulo, no puede ser gravada por fideicomisos.

9. Cuando el heredero está obligado á restituir á otro toda la herencia, que es lo que se entiende por fideicomiso universal, tiene la facultad de sacar para sí la cuarta parte de todos los bienes, que se llama *cuarta trebeliánica*, de la cual daré una breve noticia; pues á pesar de que no tenga mucha aplicacion en el dia, están sin embargo vigentes nuestras leyes sobre la materia.

10. Como observasen los romanos que los testadores se valian de varios medios para defraudar á los herederos, y de consiguiente era á veces perjudicial su nombramiento, procuraron cortar este abuso por medio de oportunas disposiciones.

11. Una de ellas fué el senado-consulto trebeliano, por el cual se mandó que el heredero fiduciario pudiese deducir para sí la cuarta parte de los bienes del testador, y es la que se llama cuarta trebeliánica.

12. Nuestras leyes de Partida que adoptaron tambien esta disposicion de las romanas, establecen que debe tomarse en cuenta por dicha deduccion, todo lo que el testador legó al heredero fiduciario, y además los frutos que percibió de la herencia mientras la tuvo en su poder, la cual deberá restituir íntegra, si aquellos equivalen á la cuarta, y si no sacar únicamente de la herencia lo que falte para completarla. Si el fiduciario entrega la herencia al tiempo designado por el

(1) Ley 3, tit 5, p. 6

(1) Ley 10, tit. 4, p. 6

testador, puede quedarse con todos los frutos aunque excedan de la cuarta. Lo mismo sucederá si no se le hubiese señalado plazo, y el heredero sabiéndolo es negligente en demandársela; mas si aquel hubiere sido moroso en entregarla para utilizarse de su producto, estará obligado á restituir el exceso que haya del importe de la cuarta á los frutos percibidos.

13. Lo espuesto en el número anterior acerca de los frutos de la herencia, debe entenderse respecto del fideicomisario extraño, porque si fuere hijo del testador hará suyos los productos de la herencia, sin que se tomen en cuenta de su legítima, que sacará íntegra, aunque aquel hubiese dispuesto cosa en contrario. Y lo mismo deberá decirse cuando el heredero

fuere ascendiente del testador, por la propia circunstancia de debérsela la legítima.

14. La diferencia que establece la ley de Partida (1) para el goce de la cuarta entre el heredero que admite la herencia por su voluntad, y el que lo hace por vía de apremio, no tiene lugar al presente con arreglo á la ley recopilada (2). Segun ésta no hay necesidad de obligar al heredero á que admita la herencia, pues si la desecha puede el sustituto aceptarla por sí.

15. Debe advertirse que el heredero fiduciario está obligado á contribuir al pago de las deudas del difunto, á prorrata de la cuarta que percibe.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

acerca de las condiciones y sustituciones.

Debiendo de hablar en la materia de contratos á cerca de las condiciones bajo las cuales se otorgan, parecerá acaso escusado tocar ahora este punto; por esta razon seré breve en mis reflexiones, que solo las haré cuando me parezca que la disposicion las exija, sea para aprobarla ó reprobirla. Creo, pues, que la de considerarse por imposible y por consiguiente como nula la condicion de no casarse impuesta á un soltero, es excelente en sí en cuanto se dirige á evitar el celibato, el cual indudablemente es perjudicial al estado, ya porque propende á concluir con la reproduccion de la especie humana, ya tambien porque un soltero no estando íntimamente ligado á la sociedad, se espone á que no tome el debido interés

en el bien y prosperidad de la misma. Pero si en algun pais debe fomentarse el matrimonio es en el nuestro, cuyos estados y territorios á pesar de la feracidad del terreno, se hallan despoblados con evidente perjuicio de la agricultura y artes.

Pero no me parece adoptable la opinion de los que pretenden que la condicion dependiente solo del heredero ó legatario, se tendrá por cumplida si hicieren lo posible al intento, y que la falta de cumplimiento en la que estriva del legatario y algun evento impuesto á un descendiente no anula la disposicion; porque segura-

(1) Ley 8, tit. 11, p. 6.

(2) Ley 1, tit. 18, lib. 10, N. R.

mente que ellas destruyen los efectos de las condiciones en los casos que se proponen y el objeto que tiene el testador al establecerlas. La voluntad manifestada por éste es que el heredero ó legatario tenga lo señalado solo en el caso de que se cumpla la circunstancia que ha expresado y no en otro: por lo mismo si aquel llega á recibir la herencia ó legado, aun cuando no tenga lugar el hecho requerido, se opone directamente á su intencion. Además, la primera será indudablemente origen de muchos pleitos; pues es claro que cualquier heredero ó legatario pretenderá haber hecho de su parte todos los esfuerzos posibles para cumplir la condicion, por mas que no haya puesto medio alguno para ello; de la segunda resultará una insubordinacion en las familias, puesto que un ascendiente no podrá así ligar á su descendiente á condicion alguna y éste hará de aquel lo que le diere la gana. ¿Y quién distinguirá si el cumplimiento de la condicion depende del solo arbitrio del heredero, ó del de éste y de algun evento juntamente? Por mejor decir todas serán de esta última clase, pues apenas puede el hombre dar un solo paso si la naturaleza se le opone, de donde se deduce que un ascendiente testador que quiere dejar algo á su descendiente, no tiene mas arbitrio que el dejárselo todo puramente y sin restriccion ninguna, ó bien el de no dejarle nada.

Está tambien dispuesto que la condicion imposible se tenga por no puesta en el testamento, me parece bien, porque es de creer que el testador no la hubiera insertado á haber sabido que era inexecutable; digo que no la hubiera insertado, pues no puede presumirse que uno que hace un acto tan sério, cual es el otorgamiento del testamento, ponga semejante *cláusula por broma ó diversion*. Por otra

parte, sin mas datos no puede tacharse de loco al testador. ¿Pero por ventura habrá mas utilidad en anular la disposicion que no en sostenerla? Creo que no: primero, porque una vez de hacer el testador la disposicion testamentaria á favor de alguno, indica que éste ó bien tiene mayor necesidad de lo dejado que el heredero *ab intestato* á quien habria de pasar en caso de anularse aquella, ó bien que es mas acreedor de este premio; en fin, que mas quiere que lo goce él, que el otro. En el primer caso evitando la acumulacion de bienes los placeres consiguientes á las riquezas se aumentan en la sociedad: en el segundo recompensando un servicio la ley propende á prestarlos; y en el tercero se cumple la voluntad del dueño acerca de la distribucion de sus cosas, y por consiguiente se fomenta el trabajo. Segundo: el heredero testamentario en el hecho de ser nombrado, adquiere esperanzas de gozar de la herencia; privarle de ella seria causarle un sentimiento: no hay nada de esto respecto del otro, por consiguiente la disposicion se dirige á evitar un mal.

SUSTITUCION VULGAR.

Las substituciones hereditarias tan frecuentes en la antigua Roma han llegado á ser en el día verdaderamente raras, pues ya ahora ha faltado la razon que las hacia insertar en los testamentos, á saber: el deseo de evitar la mancha que recaia sobre la memoria del instestado. Sucedia, pues, con frecuencia que los testadores dejaban las herencias tan sobrecargadas de deudas, que no hallando los herederos nombrados ninguna utilidad en aceptarlas, las repudiaban echando de esta manera por tierra todos los capítulos de los testamentos, y es por lo que se introdujo la institucion de un segundo.

tercero ó acaso mas herederos que entren sucesivamente en la herencia, segun que el primero, segundo ú otros dejasen de recibirla. Por una parte ya se ha establecido la utilidad de que se sostengan todos los capítulos de un testamento, aunque no haya heredero nombrado, ó aun cuando lo hubiese no haya aceptado la herencia; por otra tampoco recae entre nosotros ignominia alguna contra los que llegan á morir sin disposicion testamentaria, por lo mismo parecia que la legislacion no debiera admitir las sustituciones. Sin embargo, como yo no establezco los principios bajo reglas aéreas, sino que me he propuesto examinar en todo caso si la disposicion dada trae ó no mas utilidad y perjuicio, así debo proceder tambien en la presente cuestion. Desde luego concedo que si la sustitucion se estiende á la facultad de disponer que cuando llegue á morir el heredero instituido le suceda otro, y en falleciendo éste otro tal, resulta una inhabilitacion completa para la enagenacion de estos bienes respecto de los herederos, ligando con semejante precepto á las generaciones tal vez futuras, que es el caso de los mayorazgos, dignos de ser repelidos por los perjuicios que se harán presentes hablando de ellos. Pero si ella se limita á que no recibiendo el nombrado la herencia, legado ó donacion, sea porque no quiere, ó porque no puede, pase á otro, no veo en esta disposicion inconveniente alguno. Con ésta no se hace mas que asegurar al heredero, legatario ó donatario, ó por mejor decir, no hay mas que una sola institucion, legado ó donacion, porque desde el momento en que el primer nombrado reciba la cosa, ya caducó la disposicion respecto del segundo. Explicado esto, es fácil decidir si los principios que contiene el presente capítulo son ó no adoptables.

La regla que se establece sobre que la sustitucion debe considerarse como una institucion hecha por el sustituido es poco conforme, pues la verdad es que la herencia ó legado se recibe por disposicion del mismo sustituyente y no del sustituido, quien no tiene en esto mas intervencion que á lo sumo declarar que no quiere aceptar. Otra cosa podria decirse cuando la sustitucion se estendiese al caso de la muerte del primer nombrado. Por lo mismo parecerá ser inútil lo que tambien se dice que solo podrá darse por via de sustitucion aquella cantidad de que puede disponer el sustituido; porque es claro que debe mirarse en esto á la capacidad del mismo sustituyente y no de otro. Al contrario, es enteramente conforme con los principios asentados el que se conceda la facultad de sustituir para solo el caso de que el primer nombrado deje de recibir la herencia, legado ó donacion por no querer ó por no poder, y por lo mismo no para el en que habiéndolo recibido una vez deje de tenerlo de cualquiera manera que esto suceda, que es únicamente lo que debe reprobarse.

Otro tanto digo en cuanto al caso en que falta el efecto de la sustitucion por recibir ó aceptar la liberalidad. La doctrina de que la sustitucion no tiene lugar cuando el sustituto muere antes que el testador, tambien es justa y conforme con los principios generales antes establecidos, pues la disposicion testamentaria no tiene efecto hasta despues que el testador ha fallecido, y el agraciado con ella no puede transmitir á su heredero lo que el mismo no llegó á adquirir.

De la doctrina espuesta anteriormente sobre que la sustitucion solo tiene lugar cuando el heredero, legatario ó donatario deja de aceptar la liberalidad; se deduce que aunque un menor repudie lo

dejado en virtud de la restitucion *in integrum* despues de haberlo aceptado, este segundo acto no podrá hacer que el primero de la aceptacion deje de tener lugar, caducando con él la sustitucion.

SUSTITUCION PUPILAR Y EJEMPLAR.

Primera. La sustitucion pupilar consiste en nombrar heredero para un niño, y la segunda para un loco ú otro impedido; pero ambas convienen en que por ellas se da entrada al sustituto aun para el caso en que el menor ó impedido fisicamente llegue á morir en tal estado. Ya he reprobado de antemano esta facultad de nombrar heredero para despues de la muerte de otro, por los inconvenientes de vinculacion é inhabilitacion de la enagenacion de bienes que produce, sobre lo cual me extenderé en el tratado de mayorazgos. No obstante podrá replicarse, primero: que estos males no se encuentran respecto de un niño, pues que le está vedada la transmisibilidad de ellos durante su menor edad, y esta sustitucion solo tiene lugar mientras fallezca en ella. Segundo, que el nombramiento de tal heredero evita las tentaciones de sus parientes contra la vida del huérfano, puesto que quitándolo de enmedio, lo cual les es muy fácil, consiguen su herencia entrando en ella por sucesion ab intestato. Tercero, que evita tambien la intestacion.

Contesto á lo primero, que si bien sea cierto que un niño no pueda hacer testamento y transmitir en virtud de él sus bienes á otro, no lo es que no pueda y no le sea conveniente algunas veces enagenarlos por acto entre vivos con intervencion de su tutor, segun las formalidades que para ello la ley exigiere. Por lo mismo, si por una parte no es prudente dar demasiada estension á tales enagenaciones, considerando los fraudes que aquel

pueda hacer, tambien por otra es claro que quien mas necesidad puede tener para verificar aquellas es un huérfano que se halla en una edad de gastar y de no ganar.

Respecto del segundo argumento digo, que si el mal que se quiere evitar existe en tanto grado como se supone, no se remedia realmente con la sustitucion, pues entonces deberian temerse los mismos inconvenientes de parte del heredero sustituto. Ni por otro lado se evitarán completamente de ninguna manera tales temores mientras no vengan ángeles á reemplazarnos á los hombres acá en la tierra; y si ellos fueran verdaderamente fundados, yo no sé á donde iriamos á parar. De contado se deberian prohibir las disposiciones testamentarias, á lo menos en cuanto pudiesen ser públicas, pues claro es que el heredero ó legatario tiene interés en que el testador muera antes de variar su voluntad manifestada; tambien en seguida habrian de abolirse las sucesiones ab intestato, pues aquellos en quienes recaen éstas, tienen igualmente interés en que fallezcan cuanto antes los poseedores de los bienes para gozarlos ellos. Otro tanto puede decirse respecto de algunos contratos en que se concede á uno algun derecho ó bienes despues de la muerte de otro; en fin, la misma abolicion habria de hacerse respecto de otros derechos que da la ley, v. gr. preeminencias y ascensos por antigüedad, pues es evidente el interés de los mas modernos en que mueran los mas antiguos. Estos recelos, pues, apesar de la perversidad de los hombres, son exagerados, y creo que rara vez se realizarán: bueno es á la verdad que la ley civil quite en cuanto pueda las ocasiones de cometer delitos; pero toca particularmente á la penal el refrenar las acciones criminosas.

El tercer argumento tiene todavía menos fuerza, porque aun cuando la intestacion sea en sí un mal, no se remedia con un testamento que hace por uno un tercero. Claro es que no hay voluntad verdadera de aquel, pues que ninguna parte tiene en la disposicion, y que por lo mismo faltan las utilidades de la testamentifaccion. Si acaso la intestacion es inconveniente en algun niño, lo es en uno á quien se ha nombrado heredero sustituto, cuya institucion no pudiendo revocarse por el menor durante la pubertad, no tiene motivos para ejercer ácia él servicios algunos, mayormente no debiendo el favor del nombramiento. De estas reflexiones, pues, se deduce que los perjuicios arriba mencionados procedentes del nombramiento de un sucesor de alguna cosa para despues que la haya gozado otro, á quien se deja primeramente, quedan en su pié, por mas que la persona sustituida sea un niño ó loco. En su vista estrañará cualquiera pensador del poco aprecio que se ha hecho de estas observaciones, y de la sutileza de nuestras leyes que no contentas con dar la facultad de sustituir de esta manera, han querido estender las disposiciones de los testadores ácia este lado hasta tal punto que consistiendo la sustitucion hecha á un menor para el caso de que este no reciba la cosa, tenga tambien ella lugar cuando despues de tomarla muere en la pubertad, ó lo que es lo mismo, que la sustitucion vulgar hecha á un impúbere comprende en sí la pupilar y ejemplar. Pero en fin, la ciencia económica que se ha difundido despues de las Siete Partidas, ha patentizado los errores cometidos en esto, y lo que conviene es que las leyes y códigos sucesivos traten de repararlos. Permanezca pues la sustitucion vulgar entendida segun suena, y bórrense las demás.

TITULO 6.º

De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.

CAPÍTULO I.

DE LA ACEPTACION O ADICION.

1. Personas que pueden aceptar la herencia.
2. Modos como pueden hacerlo.
3. Término para deliberar.
4. Beneficio de inventario.
5. Gestiones para las que se supone haberla aceptado.
6. Término para reclamar las deudas.

1. Pueden aceptar la herencia las personas siguientes: 1.º Los mayores de veinticinco años, sanos de juicio, que no estén en la patria potestad (1). 2.º El que fuese mayor de catorce años, y

(1) Ley 12, tit. 6, part. 6.

menor de veinticinco, puede aceptarla por sí y entrar en ella, siempre que no tenga padre ni curador, quedándole el beneficio de restitucion *in integrum* (1).

3.º El menor de catorce años, que no está bajo la potestad del padre, puede aceptarla tambien pero con permiso del juez. 4.º Si el heredero es menor de siete años ó falto de juicio, la aceptarán el tutor ó padre en nombre de aquel, cuando entendieren que le es provechosa. 5.º La muger casada puede aceptarla sin licencia del marido, pero á beneficio de inventario.

2. El heredero puede admitir la herencia manifiesta ó tácitamente. Lo primero por pedimento, escritura, ó de palabra, y lo segundo haciendo uso de los bienes, vendiéndolos ó disponiendo de ellos como dueño; á no ser que manifieste al juez, que al encargarse de ellos, é inventariarlos lo hace con el fin de que no se deterioren, y no con intencion de ser heredero; con lo cual á nada queda obligado. (2).

3. Como no sea justo obligar á los herederos á que admitan la herencia, sin examinar si les es útil ó dañosa, se les concede el derecho de deliberar, que compete tanto á los herederos abintestato como á los testamentarios. El término que para ello tienen es el de nueve meses siendo otorgado por el juez; de cuyo tiempo disfruta cada uno de los herederos, traspasando á los suyos en caso de muerte la parte que falte para cumplirse. Si el heredero fuere extraño, y falleciese despues de cumplido y antes de aceptar la herencia, ningún derecho á ésta tendrá el suyo; pero siendo

legítimo, deberá percibirla (1), pues para éstos no hay prescripcion, y en cualquier tiempo pueden aceptarla.

4. Otro de los beneficios de que disfrutan los herederos es llamado de *inventario*, que no es otra cosa sino una descripcion que se hace de los bienes del difunto con ciertas formalidades. Debe comenzarse dentro de treinta dias desde que supiere que es heredero, y concluirse en el término de tres meses. De este beneficio reporta gran utilidad, pues haciéndolo en el término prescripto, y con las solemnidades que se exigen, no está obligado á pagar mas deudas que hasta donde alcance el caudal (2), lo cual no sucede en caso contrario, porque entonces quedan obligados hasta sus propios bienes al pago de las deudas del difunto. Las circunstancias y efectos del inventario se esplican detenidamente en el tratado de particiones, como lugar mas oportuno.

5. El heredero que maliciosamente oculta ó sustrae alguna cosa en la formacion del inventario, debe restituir el duplo, si fuese extraño (3); pero siendo legítimo, se entiende por este hecho haber aceptado la herencia, quedando obligado á todo, é imposibilitado de repudiarla. Lo mismo sucede cuando constándole que está muy cargada de deudas, compra para sí bienes del difunto á nombre de otro. (4).

6. No pueden los acreedores del difunto tomar por sí propios cosa alguna, ni emplazar á los herederos por las deudas que dejó, hasta cumplirse nueve dias despues de su fallecimiento y estar concluido el inventario de sus bienes, bajo

(1) Ley 7, tit. 19, part. 6.

(2) Ley 11, tit. 6, part. 6.

Tom. I.

(1) Leyes 1, 2, 13 y 15, tit. 6, part. 6.

(2) Leyes 5 y 7, tit. 6 part. 6.

(3) Ley 9, tit. 6, part. 6.

(4) Ley 12, tit. 6, part. 6.

la pena de devolver lo que hubiesen tomado, y perder su derecho con nulidad de cualquiera fianza ó prenda que interviniera. Pero si aquellos tuvieren recelo de ocultacion ó disipacion por parte de los herederos, pueden pedir al juez que den la competente fianza, la cual en este caso están obligados á prestar (1).

Tampoco pueden los legatarios pedir sus mandas dentro del referido término, ni el heredero tiene obligacion de darlas hasta que estén pagadas las deudas, y hechas las demás deducciones á que por derecho haya lugar (1). Los gastos del funeral pueden exijirse antes de concluir el citado término.

CAPITULO II.

DE LA REPUDIACION DE HERENCIA.

1. ¿Quiénes pueden repudiarla?
2. Término para repudiarla.
3. ¿Cómo puede repudiarse?
4. Excepcion de la anterior doctrina.
5. No se permite renunciacion.

1. No hablando nada las leyes de Partida acerca de las personas que pueden repudiar la herencia, es de presumir que sean las mismas que pueden aceptarla si bien con alguna excepcion, como la muger que pudiendo aceptar la herencia sin licencia del marido, no puede repudiarla sin el consentimiento de éste.

2. El término que se concede para la no admision de la herencia es el mismo que el prefijado para su aceptacion.

3. Tambien puede renunciarse la herencia verbalmente ó por escrito antes de entrar en ella, y una vez renunciada no puede el interesado demandarla á no ser que fuese menor, en cuyo caso podrá reclamarla en cualquier tiempo, aun cuando los bienes hayan sido enagenados. Igualmente puede hacerlo el descendiente lejítimo del difunto aunque la hubiese repudiado; pero lo ha de ejecutar den-

tro del término de tres años y no han de estar enagenados los bienes (2).

4. Exceptúase el caso de que el descendiente lejítimo la hubiese renunciado específicamente, y jurado no revocar la renuncia, con cuyo requisito pueden los coherederos entrar sin recelo á la herencia. Pero si muere antes que su padre dejando hijos, no estarán éstos obligados sino á traer á colocacion y particion con sus tios lo que su padre recibió, y llegó á poder de ellos; y si algo mas les tocaba, lo llevarán por consideracion á sí mismos, porque son herederos forzosos de sus abuelos, en cuyo derecho por ser propio y personalísimo suyo no puede su padre perjudicarlos.

5. Si los herederos fuesen estraños y alguno de ellos repudiare la herencia, los que quisieren aceptarla deben hacerlo en su totalidad, pues no permite la ley renunciacion ni aceptacion á medias.

(1) Ley final, tit. 13, part. 6.

(1) Ley 7, tit. 6, part. 6.
(2) Ley final, tit. 6, part. 6.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS

Sobre la adquisicion hereditaria.

ACEPTACION.

Una herencia es muchas veces un beneficio considerable para los herederos por la cantidad de bienes y pocas ó ningunas obligaciones que contiene; pero otras ocasiones por el contrario, éstas superan á aquellos, y por lo mismo lejos de ofrecer ventajas es perjudicial. En este supuesto, siendo así que la ley establece la sucesion abintestato como un bien, un favor ó un derecho, es consiguiendo que deje á los llamados á ella la libertad de aceptarla ó repudiarla, segun lo que les conviniese; porque de no ser así, se les causaria un perjuicio destruyendo con esto lo que por otro lado se ha establecido en su beneficio. Nuestras leyes fundadas en este principio han querido dar á los herederos toda la libertad posible, y ellas en mi concepto son en general justas. Despues de establecer la regla de que nadie puede ser obligado á aceptar la herencia, dicen que el heredero no es responsable de las deudas, ni puede ser reconvenido hasta la aceptacion, y justamente porque hasta entonces no está declarado como tal, ni podia suceder de otra manera sin incurrir en una notable contradiccion, supuesto que el pago de las deudas hereditarias supone ser hecho por el representante de la herencia.

Por supuesto que para que tenga lugar la aceptacion, es de absoluta necesidad que preceda la muerte del poseedor, porque hasta entonces no se sabe si ha dispuesto de sus bienes en testamento ó por algun acto entre vivos, y hasta entonces por lo mismo no puede el herede-

ro tener derecho á ellos: semejante aceptacion prematura no puede ocurrir; pero si contra lo ordinario en alguna vez se verificase, y el aceptante fuese perjudicado por gravitar sobre la herencia muchas cargas, deberia en mi concepto echarse la culpa de su ligereza. Dicese igualmente que la aceptacion ha de ser pura y no condicional, en cuyo punto estoy de acuerdo con la disposicion; porque pudiera ser que la condicion que se pusiera se dirigiese á eximirse de alguna obligacion de la herencia, lo cual no se puede hacer en perjuicio de los acreedores que tienen ya un derecho indisputable adquirido contra ella. Es verdad que algunas veces tal pudiera ser la condicion que sin tender á debilitar las obligaciones, solo tuviese por objeto algun suceso extraño; pero aun así no deberia ser admitida, porque entre tanto que se cumpliera ó no, estaria en suspenso la aceptacion de la herencia, cuya dilacion perjudica á los acreedores que no tienen contra quien reclamar sus haberes.

La adicion de una herencia era entre los romanos lo que llamaban acto legitimo, esto es, un negocio que debia esplicarse claramente, y uno de los requisitos de tales actos era el que debiesen practicarse personalmente y no por medio de procurador. Estas sutilezas pasaron tambien á nuestras leyes de partida, las que requieren esta intervencion personal, lo que en mi concepto es digno de reprobarse, porque embaraza y pone obstáculos á lo que principalmente debian facilitar, es decir, á la aceptacion de la herencia, pues ¿quién duda que si alguna

vez me llega á recaer una en Guanajuato, Chihuahua &c. me embarazaria mucho si se me precisara á ir allá por solo ese objeto? ¿Qué inconveniente hay en que yo dé mis instrucciones desde mi casa á uno de aquellas ciudades, y que obrando conforme á ellas la acepte en mi nombre? Aun mas, ¿que reparo puede haber para que este vecino de Guanajuato haga la aceptacion de la herencia despues que le he mandado espresamente que lo verifique en vista del inventario de bienes y cargas de ella, ó que si lo hace antes sea á beneficio de inventario? La razon que han podido tener las leyes para ordenar esto así, es en mi concepto que la adiccion debe reputarse un acto importante y de mucha trascendencia para contentarse con que un tercero lo pueda hacer; pero esto seguramente no basta, porque tambien hay otros negocios, y tal vez de mucha mayor importancia, respecto de los cuales está reconocida la conveniencia de la libertad para perfeccionarlos por medio de un apoderado. Esta libertad de concluir cualquier asunto sin embarazos y de la manera que á uno mejor le conviniese, es el alma del comercio y de la industria, segun podia probarse por principios de economía política, y aquí está tambien incluida la de poder aceptar una herencia por intervencion de un tercero. Es de tal sencillez la necesidad de esta facultad que creeria hacer un agravio al lector con insistir mas sobre este punto.

Todas las personas constituidas bajo alguno de los estados marital, paternal ó tutelar, están incapacitadas por la ley para celebrar válida y eficazmente cualquier acto civil, para lo que da razon la conveniencia pública que resulta á la sociedad de evitarles los daños que de la libertad de hacerlo podian sobrevenirles

á ellas mismas, y tambien para hacer manifesta la superioridad del uno y la dependencia del otro. Una herencia, segun he dicho poco há, puede contener graves obligaciones que tal vez asciendan á mucho mas de su valor; en cuyo caso su adiccion en lugar de ser benéfica será perjudicial, y por lo mismo me parece muy bien y muy conforme con las doctrinas anteriormente sentadas, el que ni la muger casada ni el hijo de familia menor de edad, ni el pupilo puedan aceptar una herencia por sí solos. Sin embargo, quiero advertir aquí, consiguiente á la opinion que tengo manifestada al tratar de la emancipacion de los hijos de familia, que en mi concepto esta sola cualidad no debe ser impedimento para el ejercicio de la adiccion, mientras no esté acompañada de la menor edad. Allí dije que el hijo de familia deberia salir de la patria potestad para el ejercicio de todos los derechos civiles á los veintitres años de edad, sea que se case ó no, y esta teoria la fundé con razones sencillas, pero á mi modo de ver convincentes; por lo mismo y bajo este supuesto, deberé decir aquí que la incapacidad de aceptar la herencia decretada, respecto del hijo de familia que sea mayor de los veintitres años ó de los en que se fije la mayoridad, no se halla bien establecida. Como se vé, esta prohibicion de aceptar la herencia por las mugeres casadas y menores, se funda particularmente en los perjuicios que podian resultarles de su libertad: un inventario los evitara sin duda, y por consiguiente parece que no habra dificultad en que bajo de él se verifique la aceptacion.

Esta puede ser espresa ó tácita, del primer modo cuando el instituido declare espresamente que quiere ser heredero; y del segundo cuando ejecute algunos hechos

que suponen esta intencion. Esto en principios está muy bien, porque muchas veces, particularmente en herencias cortas, no proceden los herederos á las formalidades de la aceptacion, sino que se apoderan y permanecen sobre los bienes hereditarios sin manifestar la voluntad por uno á otro lado. Sin embargo, como todos estos actos pueden verificarse con solo el fin de que no se substraigan ó se deterioren las cosas de la herencia, convendria en mi concepto explicar con alguna mayor distincion, los actos que se dirigen á la mera conservacion, y los que proceden del ejercicio del derecho de verdadera y rigurosa propiedad. El labrar por sí las heredades fincadas, no me parece el mejor ejemplo que pudiera ponerse para el último caso, porque podrá hacerse esto muchas veces á fin de que no queden improductivas, el darlas en arrendamiento indica algo mas el uso del dominio, y mucho mas todavía el ceder, vender, transigir ó enagenar de otra manera los derechos hereditarios. En fin, se podrá establecer cierto término para los que ejerzan así estos actos, pasado el cual sin protestar la no aceptacion se entienda ésta verificada.

Nuestras leyes de partida, imitando á las romanas, se empeñaron en que los herederos aceptasen de cualquier manera la herencia, por esto se manda tambien que la compra que hagan de los bienes de ella, despues de haberla repudiado, se tenga por verdadera adiccion. ¿Pero quién no palpa la diferencia de lo uno y de lo otro? Yo que viesse que las cargas de una herencia que me ha recaído exceden al valor de sus bienes, podría sin duda repudiarla, porque ella me seria perjudicial; y si son puestos en venta para con su importe hacer pago á los acreedores, y por consiguiente libre de

los gravámenes que pesaban sobre aquella, ¿qué razon hay para que se me impongan éstos, ó de lo contrario para que yo deje de comprarla como otro cualquiera? Lejos de ser esto útil á los acreedores les es perjudicial, porque aun cuando no sea otra cosa, resultará de contado que haya un competidor de menos, y que por lo mismo no suba su precio á lo que pudiera subir.

Segun otra disposicion, puede repudiarse una herencia tácitamente por algunos actos que manifiesten ser esta la voluntad del heredero; pero para mí no deberia esto tener lugar. En efecto, la repudiacion de la herencia es el desistimiento de unos derechos preciosos y de mucha importancia, derechos que dan á uno bienes, si ella no está sobrecargada de gravámenes, y que de todos modos se aprecian por la parte de donde vienen, ¿cómo pues se privará de ellos sin mas que pedir una deuda ó dejar perecer las cosas hereditarias? La razon, la justicia y la utilidad lo reprueban: la razon, porque es lo mas chocante suponer abandono de unos derechos tan estimables por tales actos que puedan proceder de causas enteramente distintas; la justicia, porque si se toma como una pena seria ella muy desproporcionada; y la utilidad, porque causaria á aquel un sentimiento mayor que placer al otro á quien pasase luego la herencia.

Al contrario, es muy justa la disposicion que previene que el que una vez acepta la herencia, no puede despues repudiarla, ni el que una vez repudia aceptarla, á no ser menor de edad. Sin embargo, entiendo que lo primero debe tener lugar solo en el caso en que hubiese hecho la adiccion sin beneficio de inventario, que es cuando se confunde la herencia con los bienes propios, por-

que interviniendo él, como entonces ésta solo ha de responder de sus obligaciones; el heredero debe tener la facultad de dimitirla á favor de los acreedores, lo cual es una verdadera repudiacion, así creo que debió hacerse alguna distincion en esta parte. Para en el caso de haberse verificado la aceptacion sin inventario, se podrian tambien poner con justicia dos excepciones á favor de la renunciacion, una el dolo que se haya usado contra el heredero á fin de que aceptase, y la otra alguna lesion grave que hubiese sufrido, v. gr. por no tener conocimiento de alguna fundacion ó cosa semejante. Estas causas recisorias de los demas actos civiles parecen deben aplicarse á las adiciones de herencias, y la ley francesa las adopta tambien.

No faltan quienes hagan una distincion á mi creencia poco fundada, á saber: que á un heredero legítimo siendo instituido en testamento no le perjudicará la renunciacion que haga por este último concepto, pues que podrá obtener la herencia por el primer título; pero no cuando es al revés. Yo creo que apenas podrá ocurrir el caso de repudiar por un título y querer admitir por otro una misma cosa, pues que se ha de suponer que habia hecho la renunciacion por tener gravámenes superiores á su valor, y sin duda que si hoy la rehusa por no traerle cuenta lo mismo debe suceder mañana. Pero supóngase que hubiere repudiado la herencia por

efecto de una ligereza ó por otra causa semejante, entiendo que no convendria despojar de ella á otro que la hubiese aceptado despues; porque parece que la pena de éste en la privacion seria mayor que la que tendria aquel por la falta de recuperacion: el uno ha consentido en la adquisicion, y el otro en la no posesion. Además de esto calcúlense los trastornos que resultarian de este derecho; ó el segundo heredero no se atrevia á aceptar, ó aun cuando la admitiese podria hacer una porcion de contratos respecto de los bienes, fundar su conducta ulterior sobre ellos y mejorarlos; pero mientras no tenga seguridad de que su posesion es irrevocable los abandonará, ó á lo menos no los utilizará como debiera, y en todo estará espuesto á llevar un solemne petardo. Esto aconseja pues, el que se establezca que repudiada una vez la herencia por cualquier concepto que sea, no haya derecho á recobrarla por otro y muy especialmente si un tercero ha entrado en su goce con legalidad. Ni debe exceptuarse sin duda de esta regla el caso en que algun hijo ú otro descendiente fuese el heredero, ni dársele para la recuperacion el término de tres años segun dispone nuestro derecho; es claro que aun entonces ocurren los inconvenientes ya indicados, porque siempre resultará que á un legítimo poseedor de unos bienes se le quitan inesperadamente y que por lo mismo esto constituya una inseguridad.

TITULO 7.º

De la desheredacion.

Despues de haber tratado de las personas que deben ser instituidas por herederos, paso á hablar de las causas por las que pueden ser escludas de la herencia.

CAPITULO I.

DE LA DESHEREDACION EN GENERAL.

1. ¿Qué se entiende por desheredacion?
2. ¿Quién puede hacerla?
3. ¿Cómo debe hacerse?
4. Debe ser total y absoluta.
5. Debe fundarse en justas causas.
6. Efectos de la desheredacion.

1. Desheredacion es un acto por el que se priva á alguno de los herederos forzosos de la herencia que por derecho le pertenecia; de lo cual se deduce que con respecto á los estraños no puede haber desheredacion.

2. Todos los que tienen derecho de testar pueden desheredar á sus herederos forzosos; y por lo tanto es preciso que entre éstos y el testador no medie otra persona, en cuyo supuesto no puede el abuelo desheredar al nieto, viviendo el padre.

3. Debe hacerse la desheredacion nombrando el testador al desheredado por su nombre y apellido, ó con otras palabras claras y terminantes, que no dejen duda de la persona que quiere designar (1).

4. Es además necesario que la desheredacion sea total y absoluta (2), porque si mediere condicion ó fuere solo desheredado en parte, será nula. Algunos opinan con el reformador de Febrero que esta disposicion se funda en vanas suti-

lezas del derecho romano, y por consiguiente está modificada por nuestras leyes; mas sin embargo en concepto de D. Eugenio Tapia no es así, porque siendo la desheredacion una facultad en extremo odiosa, que la ley cuidadosamente ha procurado restringir, concediéndola únicamente en los casos que designa, es aventurada y peligrosa la doctrina de los que autorizando para ello al padre de un modo distinto al prescrito por la ley, facilitan su uso y ejercicio.

5. Para que la desheredacion sea válida no solo debe hacerse con espresion de alguna de las justas causas prescritas en el derecho, sino que deben probarse bien por el testador ó por el heredero; y por consiguiente en ningun caso podrá ser desheredado el hijo menor de diez años y medio, porque reputándose en dicha edad incapaz de dolo ó malicia, no puede ser merecedor de la pena (1). Por igual razon no puede ser desheredado el póstumo (2).

(1) Ley 3, tit. 7, part. 6.
(2) La misma ley 3.

(1) Ley 2, tit. 7, part. 6.
(2) La misma ley 2.

6. La desheredacion hecha por justa causa priva al desheredado de los bienes que le pertenecian por parentesco de quien le desheredó. Y si éste hubiese alegado varias justas causas, bastará que el heredero pruebe una, para que la desheredacion produzca su efecto. Si el desheredado consiente en la desheredacion de cualquier manera, no puede reclamar despues, ni tiene accion á ser oido en juicio (1). Si el testamento en que hay desheredacion es revocado por el testador, ó se rescinde y anula por cualquier causa, se anula tambien la desheredacion en él contenida (2). Todas las causas de desheredacion cesan desde que intervino reconciliacion. Manifestados estos principios generales, voy á tratar de las justas causas para desheredar.

CAPITULO II.

DE LAS JUSTAS CAUSAS PARA LA DESHEREDACION DE LOS DESCENDIENTES, ASCENDIENTES Y HERMANOS.

1. Causas por las que se autoriza la desheredacion de los descendientes: por poner manos airadas en el padre.
2. Por infamarle.
3. Por no salir de fiador por él.
4. Por hacerse juglar ó farsante, por dinero: caso particular con respecto á la hija.
5. Por no recoger y alimentar al ascendiente loco.
6. Por no redimir al ascendiente cautivo.
7. Por volverse judío, moro ó herege.
8. ¿Podrá ser desheredado si contrae matrimonio clandestino, ó sin consentimiento paterno?
9. Desheredacion de los ascendientes.
10. Desheredacion de los hermanos.
11. Causas por las que se pierde la herencia sin ser desheredado.

1. Las justas causas por las que pueden los ascendientes desheredar á los descendientes son las siguientes: por poner en ellos las manos airadamente para prenderlos ó herirlos; por maquinarse de cualquier modo contra su vida; por causarles grave daño en su hacienda; ó por acusarlos de delito que merezca pena de muerte ó destierro; á menos que el crimen fuere de conspiracion contra el rey ó el estado y se justificare (1).

2. Por infamarlos en términos de que quede menoscabada su reputacion; por tener acceso carnal con su madrastra, ó

con la muger que el padre tuviere paladinamente por amiga (3). Omito el caso que cita la ley de Partida de ser hechicero ó encantador; porque estas preoctrinaciones concluyeron ya con los siglos en que prevalecian; y en cuanto á la amiga del padre debe tenerse presente, que en tiempo de las Partidas estaban autorizadas las concubinas ó barraganas, en el día nuestras leyes no las consienten ni toleran; y por consiguiente esta causa, aunque la considero de suma gravedad, no creo deba en la actualidad compren-

(1) Ley 6, tit. 8, part. 6.

(2) Ley 12, tit. 7, part. 6.

(3) La misma ley 4.

(7) Ley 4, tit. 4, part. 6.

derse entre las justas causas de la desheredacion.

3. Por no salir fiador del padre preso por deudas, pudiendo hacerlo, lo cual no se entiende con respecto á las hijas, por estar prohibido á las mugeres el ser fiadoras. Esta causa pudiera decirse que tambien dejó de existir, pues en el dia nadie puede ser preso por deudas. Por impedirle hacer testamento, ó que deje á otro algun legado en cuyo caso podrá acusarle el legatario (1), y probado el delito, perderá aquel la herencia, y el legatario percibirá el legado, como si realmente hubiera estado espreso en el testamento.

4. Por lidiar mediante estipendio con hombre ó bestia contra la voluntad de su padre, ó por hacerse juglar ó farsante (2) no siéndolo éste: por prostituirse la hija que no quiso casarse, á pesar de haberlo procurado así su padre, ofreciendo dotarla segun sus facultades; al contrario, si hubiere diferido el casamiento de aquella hasta los veinticinco años no podrá desheredarla, aunque se case contra su voluntad ó se prostituya.

5. Por no recoger y alimentar al ascendiente que habiendo perdido el juicio anda errante, y viviendo á costa de la caridad pública. Si algun extraño le recogiere, éste será quien le herede abintestato; y si tuviere hecho testamento instituyendo por heredero al descendiente que le abandonó, será nulo en cuanto á la institucion, valiendo únicamente las mandas que contuviera (3).

6. Por no redimir á su ascendiente cautivo, ó ser descuidado en proporcio-

narle la redencion pudiendo hacerlo. Pudienda tambien omitirse este caso, pues seria ciertamente un anacronismo del siglo en que vivimos. Si en tiempos pasados estuvo en uso la bárbara costumbre de afligir á la humanidad con terribles masmorras, felizmente se cuenta ya libre de semejante calamidad la mayor parte del globo.

7. Por volverse judío, moro ó herege, siendo él y su ascendiente católico; pero no podrá el ascendiente que profese alguna secta desheredar al descendiente católico por la sola razon de serlo. Si tuviese el ascendiente varios hijos de los cuales unos fuesen católicos y otros no, heredarán aquellos únicamente; mas si éstos se convirtiesen á nuestra santa fé, recibirán entonces su legítima, aunque no los productos percibidos (1). Esta doctrina de las Partidas ha sufrido algunas variaciones, que se esplicarán cuando se trate de las sucesiones intestadas, como lugar mas oportuno.

8. Dudan algunos si el contraer el hijo matrimonio clandestino seria justa causa de desheredacion; mas como segun la disposicion del Concilio Tridentino, los matrimonios de esta naturaleza son nulos, no tiene ya lugar esta cuestion. En cuanto á si puede ser desheredado el hijo menor de edad que se casa sin consentimiento paterno, debe tenerse presente que la pragmática de 20 de abril de 1803 (1), que es la ley vigente en la materia, solo impone á éstos la pena de espatriacion y confiscacion de bienes, sin hablar nada de desheredacion.

9. Tambien pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes por las siguientes causas: 1.ª Por acusarlos de

(1) La misma ley 4.

(2) No existiendo ya los juglares ni las farsas antiguas, ha cesado esta causa de desheredacion.

(3) Ley 5, tit. 5, part. 6.

(1) Ley 7, tit. 7, part. 6.

(2) Ley 18, tit. 2, lib. 10 Nov. Rec.

delito que merezca pena capital excepto el de lesa Magestad: 2.º Por atentar contra su vida de cualquier modo: 3.º Por acceso carnal con su muger ó amiga. En cuanto á ésta soy de igual opinion que con respecto á la del padre, y así téngase presente lo dicho en el número 2 de este capítulo: 4.º Por impedirles disponer de sus bienes, segun su derecho: 5.º Por maquinari el padre del testador la muerte de la madre de éste, ó al contrario: 6.º Por no proporcionar alimento al descendiente loco ó desmemoriado: 7.º Por no redimirle del cautiverio. Véase lo dicho sobre esta causa en el número 6 de este capítulo: 8.º Por ser el ascendiente herege y el descendiente católico (1). Estas son las únicas causas que probadas legalmente bastan para la desheredacion de los ascendientes.

10. Como los hermanos no son herederos forzosos sino en el caso de que se prefiera á ellos ó una persona torpe ó infame, solo entonces hay necesidad legal de desheredarlos, habiendo una de las tres causas siguientes: 1.º Por atentado ó maquinacion contra la vida del hermano: 2.º Por haberle acusado criminalmente en causa de que podia resultarle pena de muerte ó perdimiento de miembro; y 3.º por haberle hecho perder la mayor parte de sus bienes, ó haber pues-

to los medios para ello aunque no lo consiguiese (1).

11. Aun cuando no intervenga desheredacion, hay varias causas por las que se pierde tambien la herencia: 1.º Cuando el testador ha sido muerto por obra ó consejo de alguno de los compañeros del heredero, y sabiéndolo éste entrarse en la herencia sin quejarse judicialmente del agresor; pero si le mataron otros que no fuesen de su compañía no perderá la herencia, aunque entre en ella antes de querellarse; con tal que lo verifique dentro de cinco años despues de ocurrida la muerte: 2.º Si abre el testamento antes de acusar á los que ocasionaron la muerte al testador, conociéndolos; mas si no los conociese ó fuese hombre rústico en quien debe suponerse ignorancia del derecho, no la perderá: por dicha causa: 3.º Si el testador hubiere sido muerto por obra, culpa ó consejo de su heredero: 4.º Por haber tenido acceso con la muger de aquel: 5.º Si el hijo impugnase como falso el testamento en que fué instituido, y por sentencia final se declara legítimo; y lo mismo debe entenderse si actuase como procurador ó abogado en dicha instancia, á menos que lo hiciese como procurador de algun huérfano: 6.º Si á ruego ó mandato entregase la herencia á un incapaz de heredar, conociendo su incapacidad.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre las desheredaciones.

DESHEREDACION DE LOS HIJOS.

Habiendo confirmado la ley civil la autoridad paterna, que en virtud de la

natural no podia menos de ejercer, era preciso que la revistiese de los poderes necesarios para hacerla respetar y emplear

(1) Ley 11, tit. 7, part. 6.

(1) Ley 12, tit. 7, part. 6.

en bien de los mismos sobre quienes se ejerce. Así un padre puede considerarse en medio de su familia como un juez remunerador y castigador; remunerador en cuanto goza la facultad de dar á alguno de sus hijos una porcion mayor que á otro; y castigador en cuanto puede privarle de su legítima.

En mi concepto la primera facultad sin la segunda seria insuficiente en un padre para mantener el orden y disciplina interior de la familia, así como lo son tambien generalmente en un estado las leyes remuneratorias sin las penales. Y sino ¿qué podria contener á un mal hijo de ofender á su padre, por mas que crea que no ha de ejercer con él liberalidad alguna, si por otra parte está seguro de que no puede quitarle la porcion que la ley le tiene señalada? Nada sin duda. Establezcamos pues en principio de que el padre ejerza la judicatura penal de quitar á los malos hijos la parte legítima; digo el padre, porque generalmente los hechos que constituyen la ofensa son domésticos y se dirigen particularmente contra la autoridad paterna que conviene reponerla. No hay pues atentado directo contra la sociedad, ni necesidad de que intervenga el juez público: además hay otra razon, y es que los bienes que forman la legítima son propios del testador, respecto de los cuales justo es darle alguna estension de facultades.

Pero, puesto que hemos reconocido la utilidad de una porcion legal forzosa, es preciso que la ley misma señale los casos en que el hijo llegue á ser ofensor, y en que por consiguiente el padre puede usar del derecho de privacion; de otra suerte la legítima parece y todo entra en el arbitrio de éste. Ni debe bastar que la causa de la desheredacion sea en sí ver-

dadera, si ella no se prueba completamente; porque como se vé, ésta se verifica en pena del delito cometido, y nadie es delincuente legalmente mientras no se le justifica el hecho que le constituye tal. Así la razon desheredatoria deberá justificarse, bien por el mismo testador, bien por los demás herederos: en este punto nuestro derecho se halla conforme con mis principios.

Ahora bien, vamos á ver si este principio está convenientemente explicado en sus consecuencias ó pormenores. Se encuentra desde luego la disposicion de que la privacion de la porcion legal ó desheredacion ha de ser total y sin condicion alguna, á lo cual no puedo prestar mi aprobacion. La primera parte nivela un delito mayor con otro menor, pues que sin hacer graduacion alguna impone una misma pena á dos actos criminales, de los cuales sin duda que el uno puede ser mucho mas grave que el otro; y este resultado es inevitable, porque el padre á quien se ha causado una ofensa verdadera, no tiene mas arbitrio que ó privar al hijo del todo ó dejarle el todo. Así sucederá que la misma pena merezca una falta de respeto, por ejemplo, que un atentado contra la vida. Sin embargo, cualquiera conoce á primera vista los males de este proceder; pues de dos cosas la una, ó bien muchos delitos de menor gravedad quedarán impunes, porque repugnará el padre aplicarle una pena desproporcionada, ó bien se propasará el hijo á cometer un acto mas criminoso contra la autoridad paterna, desde luego que consienta que la misma pena de desheredacion ha de sufrir por él que por otro cualquiera. Pueden, pues, aplicarse aquí las mismas razones que traen los publicistas en los tratados de legislacion penal general sobre la necesidad de una

graduacion, y por ello no quiero estenderme mas en una materia agena del exámen que estoy haciendo.

Como he dicho antes, no veo tampoco una utilidad en que la desheredacion se haga sin condicion alguna; antes al contrario me parece que la habria algunas veces si ella pudiese tener lugar, por ejemplo, cuando un padre deshereda á un hijo insolente ó perverso, si durante tal tiempo insulta, injuria ó atropella á la madre, hermano ú otro. En tal caso la pena de desheredacion que está ya pronunciada servirá de freno para contener la repeticion de aquellos atentados, que tal vez se cometerian si aquella se hubiese impuesto puramente, ya que nada podia esperar de no propasarse. Así la condicion ó la desheredacion condicional lejos de traer algun mal puede causar bienes.

Estas causas de desheredacion se hallan apoyadas en las razones que he dado antes, ésta tiene por objeto hacer respetar la autoridad paterna y conservar dentro de la familia el orden y disciplina convenientes; por consiguiente parece que solo aquellas faltas que ataquen el respeto del poder paterno ó la disciplina doméstica son las que han de dar lugar á la exclusion hereditaria. Conforme á esto me parecen bien establecidas las causas primera, segunda, cuarta, quinta, sétima, nona, duodécima y décima tercera, que consisten en ofensas de hechos ó ataques contra la persona del mismo padre. En cuanto á la tercera, es decir, la acusacion capital contra el padre, pueden alegarse sin duda buenas razones, tanto en pro como en contra. Por una parte el hijo que acusa un delito de su padre manifiesta ácia él una ingratitud muy grande, y parece romper los vínculos filiales, dando de esta manera

un ejemplo contra la moral pública; mas por otra la acusacion se dirige á castigar un crimen que interesa muchísimo á la sociedad el refrenarlo, y aun tal vez no siendo castigado será motivo para que no se deje de cometer éste en algunos casos. En tales circunstancias, pesando los bienes y males que de ambos lados resultan, me arrimaria á borrar la acusacion del delito capital de entre las causas de desheredacion, porque me parece que los inconvenientes que resultan de que un crimen quede impune, son muchos mayores que los de un ejemplo de ingratitud por grande que sea, siendo de esperar que esto tenga lugar rarísimamente. Otro tanto digo de la causa octava, que se reduce á ser torero, cómico ú otro farsante público de profesion. Pues qué ¿el ejercicio de estos oficios ha de ser motivo legal de exclusion de la herencia? ¿Por ventura el hijo que lo ejerce atenta á la autoridad paterna ó trastorna de alguna manera la disciplina doméstica? Sin duda que no. Es verdad que la opinion pública infama en cierta manera á los primeros ¿pero acaso el ser torero es un delito? ¿Y la ley ha de sancionar así por un artículo espreso las preocupaciones vulgares? A lo menos respecto de los cómicos no ocurre semejante razon, y el legislador no debe dudar en quitar su ejercicio de la lista de desheredacion, protegiendo al contrario esta profesion que bien arreglada es muy útil.

Puede tambien justificarse la exclusion en otras razones que las antes producidas, á saber, en la ingratitud de los hijos para con los padres; porque son tantos los beneficios que aquellos reciben de éstos que el reconocimiento es un deber, y por consiguiente el faltar á él un delito. Así, yo aprobaré de buena

gana las causas sesta, décima y undécima que consisten en un abandono completo que ha hecho de ellos en circunstancias críticas, y parece que pudieran añadirse á ellas otras *vr. gr.* el haberles negado alimentos en algunos casos de mucha necesidad.

DESHEREDACION DE LOS PADRES.

Puede dudarse acerca de si conviene dar á un hijo derecho de desheredar á su padre en los mismos casos ú otros semejantes en que se concede á éste respecto de aquel. Se vé en primer lugar que el padre, como que es el jefe de la familia, no puede usurpar al hijo autoridad alguna, ni por consiguiente trastornar la disciplina doméstica con cualquier hecho ofensivo á éste que cometa. No hay tampoco respecto de él ingratitud en el sentido en que la recibimos, puesto que él mismo es el autor de la existencia del hijo y quien le ha criado y educado: por consiguiente parece que no hay razon para concederle semejante facultad. Además generalmente los bienes que posee el hijo ó son adquiridos del padre en virtud de algun título lucrativo, ó á lo menos provienen de ellos ó mediante el oficio que le ha dado, lo cual es tambien un capital. Por otra parte puede haber padres desnaturalizados que sordos á los sentimientos naturales se propasen á cometer contra los hijos ofensas verdaderamente graves, cuyo hecho parece que los hace indignos de recibir bienes del mismo á quien han causado males.

Sin embargo, estas razones no tienen á mi ver mucho fundamento para que en su virtud se conceda al hijo la desheredacion. Estas ofensas de parte de los padres no son frecuentes en la sociedad, y aunque alguna vez tengan lugar, ésta

ni es razon para establecer por ello reglas generales, ni la disciplina doméstica permite que un hijo se constituya juez de su padre y pase á castigarlo. Las leyes romanas y á su imitacion nuestras Partidas lo establecieron así sin hacerse cargo de estas consideraciones tan naturales, y llevadas sin duda de la rutina de que adoptada la desheredacion respecto de los hijos, era preciso hacerlo tambien para con los ascendientes, puesto que se debia la legítima á ambas clases. No es estraño que la legislacion que habia establecido doctrinas tan raras en esta materia de heredamientos y que tanto habia variado sucesivamente, quedase imperfecta á posar de las reformas que se habian querido introducir en ella.

Pero ya he dicho que ni el carácter de penalidad con que se ejerce la desheredacion, ni la naturaleza de las personas y bienes que intervienen en ella, permiten semejante poder de parte de los hijos. Esto me basta indicar aquí.

DE LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS.

El nombramiento de ejecutores testamentarios llamados tambien albaceas y cabezaleros, tiene por objeto además de cumplir exactamente los legados y demás disposiciones testamentarias, el de evitar la subrepcion de bienes de parte de las personas que le rodean; ambas cosas sin duda dignas de la proteccion de la ley. Los testamentarios, pues, promueven el pago de los legados y cumplimiento de las demás disposiciones, por que como aquellos han de salir de la herencia, es de sospechar siempre que el heredero no se preste á ello de buena gana y trate por lo menos de evadirse. Pero sobre todo es interesante la intervencion de ellos para el segundo objeto, en

los casos en que los herederos son menores ó se hallan ausentes; porque seguramente que en tales circunstancias es muy de temer una completa dilapidacion de la herencia, tanto mas fácil cuanto que es mas dificultosa su justificacion. La esperiencia nos demuestra desgraciadamente lo que sucede con frecuencia en estas cosas en una casa mortuoria: sobrinos, criados, enfermeros, en fin todos los circunstantes se creen dignos de recompensas superiores á las que les ha dejado el testador; cada cual, pues, por su parte forma el plan de hacerse justicia por su mano y aprovechando de tan bella coyuntura todo el mundo roba cuanto puede. Por lo mismo la presencia de dos ó mas amigos del testador en ella, particularmente en los primeros momentos despues de su muerte, pudiendo salvar su herencia, debe considerarse por muy útil á los herederos menores y ausentes.

Sin embargo, no conviene hacer de los testamentarios una confianza tal que degeneren en un abandono completo en su buena fé; porque al fin ellos tambien son hombres, y sucede muchas veces que sugetos que acaso observarán una pureza estremada respecto de los asuntos de uno, no proceden con igual para con los de sus hijos, sobrinos, parientes mas remotos ó estraños. Así, es menester darles esta intervencion con ciertas precauciones y circunspeccion. En horabuena pues que concurren á la formacion del inventario; que tengan entrada en la casa mortuoria para evitar cualquiera ocultacion de bienes; que hagan por su mano el pago de los legados encomendados á su cuidado; pero me pareceria bastante arriesgado concederles la facultad de apoderarse por sí solos

de los bienes hereditarios y venderlos. Cuando hay heredero mayor de edad éste como interesado los cuidará sin duda, y no hay necesidad de que los albaceas se apoderen de ellos: si son menores ó ausentes convendrá no darles este poder sino es cuando el testador se los conceda espresamente, y aun entonces deberian usarlo con intervencion de la justicia á la que habrian de recurrir desde luego.

Pero yo querria ver que esta concecion de facultades para apoderarse de la herencia y venderla naciese de una verdadera voluntad de los testadores, y no como generalmente sucede ahora que vienen de la de los escribanos autorizantes de los testamentos; porque éstos ponen de chorrillo esta cláusula en todos los nombramientos de los testamentarios como si fuese una circunstancia precisa para el albaceazgo, ó indiferente insertarla ó no. Así es que de cuantos testamentos he visto con nombramiento de albaceas, en todos se dan estas facultades con la mayor amplitud posible, y en todos se les concede además la de usar de su oficio en cualquier tiempo aun despues de cumplido el término legal, que es el de un año. Este es un mal verdaderamente grave que, como lo diré al tratar de los contratos, puede remediarse con adoptar el método de estender los testamentos en los términos espresados por el testador, sin que los escribanos hagan mas que poner las disposiciones con la mayor claridad y orden posibles, pero sin aumentarlas de su bolsillo con cláusulas y frases que ni ellos mismos entienden. Tales son las observaciones que me ocurren acerca de esta materia, sin que por lo mismo crea necesario estenderme en sus pormenores.

TITULO 8.º

De la revocacion del testamento.

CAPÍTULO UNICO.

1. ¿Cuándo se revoca ó invalida?
2. No se invalida por el simple trascurso del tiempo.
3. Casos en que vale el primer testamento.
4. Advertencia al escribano.

1. Puede revocarse ó invalidarse cualquier testamento aunque esté legalmente otorgado. Se revoca cuando el testador manda en otro testamento perfecto y posterior, que no valga el precedente; y se invalida cuando concurre alguna causa ó motivo de los contenidos en las leyes; como si despues de otorgado el testamento naciese un hijo del testador que hubiese sido preterido, ó si habiendo éste otorgado testamento escrito inutilizase el sello del escribano, borrarse las firmas ó lo rompiese, aunque si esto sucede por casualidad no pierde su valor (1). Tambien puede rescindirse á instancias de los herederos, cuando éstos prueban ser falsa la causa de desheredacion espresa por el testador.

2. El testamento perfecto no se invalida ni revoca por el solo trascurso del tiempo, aunque sea lejana la época de su otorgamiento, porque se supone no haber mudado el testador de voluntad; mas puede revocarlo cuantas veces quiera, aun cuando se obligase á no hacerlo, pues en esto no puede imponerse ley alguna (2). Así deberá cumplirse el último que hiciere si estuviese otorgado en forma, por la razon de que dos testamentos

perfectos no pueden subsistir á la vez. Varios autores hacen estensiva esta doctrina aun en el caso de testar dos de conformidad, como marido y muger, asegurando que el que sobreviva pueda revocar su testamento como si hubiera testado solo; y que si el marido y la muger se nombran mutuamente usufructuarios, instituyendo á otro por heredero de los bienes de ambos, y muerto uno de los cónyuges, nombra el que sobrevive nuevo heredero revocando el testamento anterior, estará obligado á devolver al que heredó los bienes del cónyuge difunto el usufructo que de ellos tenga percibidos.

3. Aunque la regla general es que el testamento posterior deroga al anterior, hay sin embargo algunos casos en que éste prevalece, siendo uno de ellos si en el segundo testamento hubiere alguna imperfeccion legal (1). Tampoco se entiende revocado, aunque el segundo se hubiese otorgado en toda forma, cuando el testador revoca la institucion primera, creyendo muerto al que nombró por heredero, pues si se averigua que vive, á éste corresponde la herencia (2), y solo valdrán del último testamento los legados (3)

(1) Ley 24, tit. 1, p. 6.
(2) Ley 25, tit. 1, p. 6.

(1) Ley 23, tit. 1, p. 6.
(2) Ley 21, tit. 1, p. 6.
(3) Ley 7, tit. 1, p. 6.

y las mejoras de tercio y quinto(1). Tampoco se deroga el primero si contiene cláusulas derogatorias generales ó particulares, de que no se ha hecho mencion en el segundo. Las generales son, por ejemplo: "quiero que este testamento sea válido, y no otro que antes tenga hecho, ni el que otorgue despues de él, pues los revoco y anulo enteramente excepto el presente." Las particulares, cuando dice: "quiero que este testamento y no otro que antes ó despues otorgue, sea válido, á menos que el posterior á éste contenga á la letra tales palabras (las cuales deben espresarse), pues si las contuviere, ha de ser subsistente el último, y no éste ni los anteriores." Con esta prevencion es ineficaz el último si carece de las palabras espresadas, á no ser que en él instituya el testador herederos legítimos, y en el primero á un estraño (2).

4. Antes de hacer uso de estas cláusulas debe el escribano instruir préviamente al testador de sus efectos, y atender bien á las circunstancias que concurren; á los temores que pueda haber de falsificacion &c., y con arreglo á lo que su prudencia y perspicacia le dicte, escoger la fórmula que crea menos espuesta á fraudes. Así será prudente insertar la cláusula particular "de que únicamente sea válido el que contenga tales palabras," en el caso de que recele que puede otorgarse algun testamento falso para revocar el verdadero. Pero si por el contrario hubiese sospechas de que con anterioridad se hizo uso en algun testamento falso de

dicha cláusula para invalidar todo testamento legítimo posterior; podrá valerse de la fórmula siguiente. "Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demás disposiciones testamentarias que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó de otra forma, para que ninguna valga aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no ser revocada y contenga los mayores vínculos, firmezas, penas, palabras, oraciones y cláusulas derogatorias por derecho permitidas, y cualquier pretesto y fundamento para derogar ésta (de todo lo cual por no acordarme ni de su solemnidad y particularidades, no hago especifica mencion; pero lo doy aquí por inserto, como si literalmente lo fuera), ni haga té judicial ni estrajudicialmente, excepto este testamento, que por ser ordenado con pleno uso de mi libre albedrío, y no los demás, como lo juro en solemne forma legal, quiero y mando, que se estime y tenga por tal y por mi última deliberada voluntad en la via y forma que para su mayor estabilidad y validacion mejor haya lugar en derecho. En cuyo testimonio así lo otorgo ante el presente escribano." Con esta cláusula quedará revocado el primero, aunque contenga juramento de no serlo, y cláusulas ó palabras derogatorias que no se inserten en el último; pues sin embargo de que la ley de partida (1), no dice espresamente que quede revocado aunque ne se haga específica mencion de las palabras, tampoco previene que se inserten.

(1) Ley 6, tit. 6, lib. 10, N. R.
(2) Ley 22, tit. 6, lib. 10, N. R.

(1) Ley 22, tit. 1, p. 6.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre la revocacion del testamento.

REVOCACION DIRECTA.

Segun la esplicacion que he dado antes, testamento es la última declaracion legalmente justificable que hace uno en orden á la disposicion de sus cosas y demás intereses de familia, esplicacion al parecer exacta, y que por sí sola prueba la necesidad de dejar al hombre en estado de poder variar su voluntad hasta el último momento de su vida. Este principio es en mi concepto útil y puede fundarse en las mismas razones que he dado para establecer en general la facultad de testar. Si conviene conceder ésta para recompensar algunos servicios, el testador puede convencerse con el tiempo de que son imaginarios ó supuestos; si por socorrer algunas necesidades de un tercero, podrá resultar tal vez luego que cesen ellas ó que aparezca otra persona aun mas necesitada; si por hacer que el heredero ayude ó sirva mejor al testador, podrá acaso verse que aquel en lugar de servirle le abandona ó perjudica; en fin, podrá conocer el testador que una distribucion diferente es mas conveniente para el bien estar de su familia. Así, la máxima de los jurisconsultos romanos de que la voluntad del hombre es variable hasta la muerte, tan cierta es como digna de ser seguida en materia de testamentos. No hay que oponer pues á ella el ejemplo de los contratos, de los cuales segun lo que diré despues no conviene apartarse; porque seguramente que los testamentos no constituyen de presente derecho alguno hasta el fallecimiento del testador, y solo dan una mera esperanza de adquirir, si es que persevera éste en la voluntad manifestada.

TOM. I.

Todo esto sucede á la inversa en los contratos, en los cuales cada contrayente adquiere de presente, y no se podia separar de ellos sin perjudicar directamente la riqueza pública y sin destruir este medio tan natural y útil de adquirir. Ahora bien; no obstante la utilidad de la revocacion, la facultad de que un testamento queda revocado en el hecho de otorgar despues otro, es algo vaga y poco conforme con las reglas de la jurisprudencia; porque es claro que el segundo testamento puede variar algunas disposiciones del primero y dejar de variar otras. ¿Por qué han de entenderse revocadas éstas si su ejecucion no está en oposicion con las nuevas? No se encuentra ninguna razon. Así, yo exigiria que para tenerse por revocados los capítulos del primer testamento se espresara así en el segundo, ó que á lo menos se variara en éste la disposicion anterior: esto no restringe en lo mas mínimo la libertad de reformar el testamento, y es lo mas conforme á la razon.

Una ley en cuanto á los efectos viene á establecer la misma cosa, pues quiere que en el caso que supone valgan los legados de ambos testamentos, y en mi concepto con mucha justicia; porque debe creerse que mientras el testador no declara variar su voluntad subsiste la que pronunció antes. En lo demás no parece tambien muy exacto el principio de que la institucion de heredero, y lo mismo digo del legado, reformada bajo el falso supuesto de que ha fallecido aquel á cuyo favor se hizo antes sea nula. Pero para esto deberá requerirse que el testa-

dor verifique la variacion fundándose clara y únicamente en el hecho supositivo; porque á no adoptarse esta regla, cualquiera concibe desde luego que semillero de pleitos no seria la disposicion que diese márgen á dos sugetos para disputarse la herencia ó legado.

Otro modo de revocar el testamento cerrado es el quemar, romper, raspar ó rayar de propósito, bien las firmas ó el mismo contenido, y ello me parece bien establecido mediante á que quien obra así indica bastante que no quiere subsista lo quemado, roto, raspado ó rayado. No obstante, como esto no es mas que una presuncion de la variacion de la voluntad, creo que convendria imponer á quienes interesa la revocacion, la obligacion de justificar haberse verificado por el mismo testador y de propósito el quemar, romper, raspar ó rayar; de lo contrario podrian hacerse estas cosas por otro cualquiera, ó pudieran suceder de caso fortuito contra su voluntad. Vea el lector para mejor inteligencia de esto lo que diré en el tratado de los modos de disolverse los contratos por remision.

REVOCACION INDIRECTA.

Tambien puede revocarse la institucion testamentaria, segun nuestro derecho, por algun medio indirecto, ya provenga del mismo testador, ya por la misma naturaleza de las cosas.

Entre ellos se encuentra primero el nacer algun hijo despues de otorgado el testamento, en el cual no se haya hecho mencion de él; pero ya se vé que ésta es una de las doctrinas oscuras tomadas de la legislacion de los romanos. En efecto, una vez de establecido que el testador puede disponer de tal ó cual porcion de sus bienes, segun le diere la gana, ó á

favor de estraños en proporcion del número de herederos forzosos que tenga, lo mas que puede suceder en tal caso es que se disminuya esta cantidad libremente disponible; mas ni la razon ni la armonía con los principios antes asentados, permite que por esto se anule toda la disposicion. ¿No puede el testador dejar la cuota libre aun en vida del hijo? Pues tampoco hay inconveniente de que lo haga desde antes que éste nazca. Se podrá argüir de que el testador no hubiera verificado acaso aquella dejacion si para esta época le hubiere nacido el hijo: á lo que puede contestarse que siempre queda en libertad de variar su voluntad, si la tuviere mas en favor de él, que del ya nombrado. Ni por otra parte importa nada el que en el testamento no se hubiera hecho mencion de él. La circunstancia de que los hijos ó habian de ser instituidos ó desheredados espresamente, es una máxima añeja que no puede tener lugar en el dia: los hijos conservan derecho á la legítima rigurosa, sea que el padre manifieste dejársela ó no, de modo que ni la institucion de ella añade cosa alguna á su título legal, ni su privacion causa efecto si por otro lado no le asiste justa causa.

Otros medios indirectos de revocar las disposiciones testamentarias son los siguientes: Primero: donacion de la misma cosa legada á favor de otro. Segundo: reduccion de ésta á una nueva forma. Tercero: muerte del legatario verificada antes que la del testador. Cuarto: restitution de la especie legada. Quinto: falta de cumplimiento de alguna condicion impuesta. Sesto: incapacidad de recibir de parte del heredero ó legatario. Todos ellos son en mi concepto justos y muy conformes con los principios jurídicos, y no se pueden menos de aprobar; pues en

los primeros casos se indica una voluntad bastante decidida de que la disposicion no tenga efecto, y en los otros el mismo suceso sobrevenido se opone á ello. No obstante, yo querria ver mejor explicado el hecho de la transformacion de la cosa á nueva forma, cómo ó en qué términos se ha de verificar ella para que tenga tal resultado: de lo contrario podria dar lugar á frecuentes cuestiones. De todos modos en esta materia yo seré de opinion de considerar la disposicion por subsistente mientras aquella no sea tan completa que convenza de la variacion de la voluntad. Ya que la ley deja siempre en libertad de espresar ésta, toda otra interpretacion seria violenta.

Se establece á continuacion la doctrina de que tambien pueden revocar el testamento las personas para quienes la ley establece legitima, cuando han sido desheredadas injustamente en él, á cuya accion llamaron los romanos: *quaerella inofficiosi testamenti*. Pero me parece que toda esta explicacion se halla en contradiccion con las disposiciones antes adoptadas, las cuales habiéndose considerado por buenas, la doctrina contraria debe por consiguiente tenerse por digna de ser de-

sechada ó á lo menos modificada. En efecto, hemos asentado antes la justicia que hay para que, cuando un testador pronuncia la sentencia desheredatoria contra alguno de sus hijos, sea obligacion del mismo padre ó hermanos el justificar la causa porque lo hace, es decir, que la presuncion legal del buen proceder está siempre á favor del heredero, á quien por lo mismo se debe mantener en la posesion de su porcion legitima hasta que un fallo judicial declare aquella por justa y probada. Por consiguiente, el hijo desheredado no tiene que entablar demanda alguna para la rescision del testamento, sino que quien deberá intentarla para hacer la justificacion espresada es ó bien el mismo padre ó el heredero; porque es claro que mientras posee aquel no tiene interés ninguno en mover el litigio, puesto que se espone á perder y no á ganar, todo lo cual sucede al contrario respecto de los otros. Pero aun dado caso que el hijo desheredado quisiese mover el pleito, seria para purificarse de la mancha puesta por su padre y no para otra cosa: así esta doctrina de las leyes romanas, como contradictoria de los principios poco ha establecidos, es inadmisibile entre nosotros.



TITULO 9.º

De los comisarios, y de los testamentarios ó albaceas.

CAPÍTULO I.

DEL PODER PARA TESTAR.

1. Qué es poder para testar?
2. Solemnidades que se requieren.
3. Personas que pueden darlo.
4. Facultades del comisario.
5. Puede mejorar ó sustituir entre personas designadas por el testador.

6. No es delegable el poder para testar, si así no se expresa en él.
7. Caso en que el testador no nombra heredero.
8. No puede el comisario alterar el testamento que hizo.
9. Puede darse poder para concluir un testamento empezado.
10. Caso de que el comisario muera sin otorgar el testamento.
11. Siendo varios los comisarios se estará á lo que decida la mayoría.
12. Término señalado al comisario.
13. Puede el testador prorogar este término.

1. Poder para testar es una disposición por la que una persona faculta á otra para ordenar su última voluntad, declararla y disponer de sus bienes. Llámase generalmente comisario aquel á quien se confiere este poder; y si además se le encarga llevar á ejecución la disposición que haga, será al mismo tiempo testamentario. Suelen hacerla los que no quieren ó no pueden disponer circunstanciadamente de sus bienes, y desean no morir intestados.

2. En el otorgamiento de este poder ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos que en el testamento nuncupativo (1); ha de insertarse y relacionarse en el testamento que á su virtud se ordene para documentarlo; debiendo además declarar el comisario que no le ha sido revocado ni limitado, y que el testador falleció sin hacer ninguna otra disposición.

3. Toda persona que tiene facultad para testar puede dar dicho poder á cualquiera otra que no tenga imposibilidad de ser apoderado, á fin de que en su nombre ordene su testamento con arreglo á las prevenciones que en aquel se expresen (2).

4. El comisario debe ceñirse estrictamente á las facultades que el testador le confirió, y así no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, sustituciones, ni

desheredar á los hijos ó descendientes de aquel ni darles tutor, sin que se le conceda especial facultad para cada una de estas cosas. Tampoco puede nombrar heredero aun cuando le diese el testador facultad para ello, pues esta designación debe hacerla el otorgante por sí mismo (1).

5. Mas podrá el comisario mejorar, desheredar, sustituir al que elija entre personas designadas colectivamente por el testador; porque no se requiere en este caso la designación directa y sí únicamente la genérica. Así podrá prevenirle que entre sus hijos mejore al que tenga por conveniente, ó que entre sus amigos ó deudos elija por tutor para su pupilo al que crea mas capaz de desempeñar este cargo.

6. No puede el comisario delegar su cometido á otro á menos que el testador no lo espresase así en el poder, designando para ello á determinadas personas; y lo mismo sucede en cuanto al nombramiento de testamentarios. Si se confiere la comisión al que tiene cierta dignidad, de suerte que se colija que no se hace por consideración personal del sugeto, se traspassa al sucesor en caso de muerte ú otro evento, como si por ejemplo, dijese: Doy poder para testar al decano del Colegio de Abogados de tal parte.

7. Si el testador hubiere omitido en el poder el nombramiento de heredero,

(1) Ley 8, tit. 19, lib. 10, N. R.

(2) Ley 6, tit. 5, lib. 3 del Fuero Real.

(1) Ley 1, tit. 19, lib. 10, N. R.

no podrá el comisario hacer otra cosa sino pagar las deudas que tuviere, y aplicar por su alma el remanente del quinto de la herencia; debiéndose repartir todo lo demás entre sus herederos abintestato, los cuales en el caso de no ser hijos ni descendientes ó ascendientes legítimos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de dichos bienes por el alma del testador, dentro de un año contado desde la muerte de éste, y no haciéndolo, podrán ser compelidos á ello por las justicias, á petición de cualquiera del pueblo (1). Mas si no hubiese parientes se invertirá únicamente el caudal en bien del alma del difunto, á no ser que el poderdante hubiese dejado muger, en cuyo caso se entregará á ésta la parte que de derecho le corresponda (2). No puede el comisario designar la cosa en que ha de consistir la mejora, aunque el testador en el poder genérico para testar le concediese semejante facultad, por estarle prohibido por la ley (3); pero si el poder es especial para el hecho solo de mejorar á alguno de sus ascendientes en determinada cantidad, opinan varios autores que puede hacerlo.

8. Con el fin de evitar fraudes han determinado prudentemente las leyes (4), que el comisario no pueda revocar en parte cualquier testamento que hubiere hecho el poderdante, ni aun el que en nombre de éste otorgare; aunque espresamente se reservase en él la facultad de revocarlo; ni tampoco puede otorgar codicilo, aunque sea en favor de causas pías.

9. Si el testador hubiere instituido heredero en el testamento y en tal estado diese poder al comisario para que lo

concluya, no puede éste disponer mas que del quinto de sus bienes, despues de satisfacer las deudas y cargos de aquel, y si dispusiese de mas no valdrá, á no ser que le hubiese conferido facultad especial para ello (1). Por consiguiente puede empezarse un testamento en vida del testador y concluirse despues de su muerte.

10. Si el comisario falleciese antes de otorgar el testamento, entrarán á la herencia los parientes, como si el poderdante hubiese muerto abintestato, con la condicion que se ha dicho en el número 7. Si dos personas se han dado mutuamente poder para testar, y muere en tal estado una de ellas, se entenderá que no muere abintestato, si usando del poder testa á su nombre el que sobrevive; pero éste morirá intestado si no hace nueva disposicion.

11. Si el testador hubiese nombrado dos ó mas comisarios y no estuviesen acordes, se observará lo que decida la mayoría. Si la divergencia es de igual número, deberán elegir por tercero al juez de primera instancia del pueblo, decidiendo la suerte en caso de que éstos fuesen varios y no se conviniesen los comisarios en el nombramiento de alguno de ellos; efectuado lo cual acordarán á pluralidad de votos lo que debe hacerse. En caso de muerte ó de renuncia de alguno de los comisarios, se refunde su derecho en todos los demás.

12. Debe el comisario concluir su comision en el término perentorio de cuatro meses, contados desde la muerte del testador, si reside aquel en el mismo pueblo; mas si está ausente de él, pero dentro de la república, tendrá el de seis meses; y el de un año, si se encontrase en

(1) Ley 13, tit. 20, lib. 10, N. R.

(2) Ley 2, tit. 19, lib. 10, N. R.

(3) Ley 3, tit. 6, lib. 10.

(4) Leyes 4 y 5, tit. 10, N. R.

(1) Ley 6, tit. 10, N. R.

pais extranjero. Pasado este término sin haber otorgado el testamento ni practicado lo demás para que se le confirió el poder, no podrá ya usarlo ni pedir próroga, aunque alegara que no había llegado á su noticia la disposicion del testador. Pero si éste nombró heredero, ó dispuso específicamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario á evacuarlo todo, y no haciéndolo se tendrá por hecho y será válido (1). De modo que pasado el término solo puede llevar á efecto las disposiciones específicas y no las genéricas.

13. El testador puede prorogar en el poder el término concedido por la ley, no solo para que el comisario ejecute sus dis-

posiciones como si fuera albacea ó testamentario, sino tambien para hacer su testamento disponiendo ó declarando lo que tuviese comunicado, á cuyo fin se entiende que renuncia el beneficio de la ley de Toro (1) como establecida á su favor. De este modo se podrán evitar los perjuicios que la negligencia, ocupaciones ó enfermedad del comisario, irrogarian al heredero y demás interesados, si dejase pasar el término; por cuya razon no deberá tener reparo el escribano en ordenar el testamento, aunque esté pasado el plazo legal, siempre que contenga el poder la cláusula derogatoria del mismo; pero si carece de ella, no debe autorizarlo sino para las gestiones anteriormente referidas.

CAPÍTULO II.

DE LOS TESTAMENTARIOS Ó ALBACEAS.

1. ¿Qué se entiende por albaceas?
2. ¿Quiénes pueden serlo?
3. ¿De cuántas clases son?
4. Pueden demandar judicialmente los bienes del testador en algunos casos.
5. Los testamentarios universales están obligados á formar inventario.
6. En caso de enagenar los bienes deben hacerlo en pública almoneda.
7. No pueden conmutar lo dejado para causas pias.
8. No es delegable este encargo.
9. Término en qué debe evacuarse.
10. Si no cumplen su encargo pierden las mandas.
11. Este encargo debe ser gratuito.
12. Causas porque concluye.

1. Llámanse testamentarios, albaceas ó cabezaleros, las personas que por la ley ó por disposicion del testador ó del juez, tienen el encargo de ejecutar lo ordenado por aquel en su última disposicion. Pueden ser nombrados así el presente como el ausente; una ó muchas personas, ya sean herederos ó estraños, clérigos ó le-

2. Puede ser albacea el mayor de diez y siete años, porque á esta edad le permite la ley (2) ser procurador en cualquier negocio estrajudicial; y así por costumbre introducida á su favor, no se le escluye de este encargo, á pesar de la prohibicion de la ley del fuero real (3)

(1) Ley 3, tit. 19, lib. 10. N. R.

(1) Ley 3, tit. 19, lib. 10, N. R.

(2) Ley 19, tit. 5, p. 6.

(3) Ley 8, tit. 5, lib. 2 del Fuero Real.

acerca de los menores; porque éstas solo tienen fuerza de tales en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la primera de Toro. Igualmente prohibía esta ley á la muger el ser albacea; mas tambien por costumbre inconcusa y generalmente observada puede serlo. Puede asimismo obtener dicho cargo el escribano que autoriza el instrumento; porque no hay ley alguna que lo prohiba, y únicamente no podría serlo cuando de él reportase alguna utilidad, excepto en algunos casos. No pueden ser albaceas, generalmente hablando, todos los que tienen incapacidad de testar, y así tienen prohibicion de serlo el loco, el sordo-mudo por naturaleza ó por accidente, el alevoso y traidor declarado, y los demás que no pueden hacer testamento.

3. De la definicion que hemos dado en el número 1, se deduce que los testamentarios ó albaceas pueden ser de tres clases, á saber: legítimos, testamentarios y dativos. Legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador. Testamentarios son los elegidos por éste en su última disposicion; y dativos los que nombra de oficio el juez, cuando el nombrado por el testador no quiere cumplir con lo ordenado en el testamento. Los testamentarios y dativos se dividen en universales y particulares. Los primeros son los designados por el testador para ejecutar del todo su voluntad y distribuir todos sus bienes entre pobres ó en obras pías ó profanas; y los segundos son los nombrados para cumplir únicamente lo relativo al alma del testador, legados ú otra cosa particular. Si fuesen varios los nombrados y no quisiesen ó no pudiesen todos intervenir en el desempeño de su encargo, vale lo que uno ó dos ejecuten (1). Por lo

que es muy conveniente conferir á cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo; y así el primero que use de ella, puede proseguir hasta su conclusion, sin tener que avisar á los demás, ni éstos que mezclarse en cosa alguna.

4. Pueden los albaceas reclamar judicialmente los bienes del testador á los herederos ó al que los tenga en su poder, para cumplir con lo dispuesto por el testador; pero solo en los casos siguientes: 1.º Cuando la manda es para obras pías ó de beneficencia: 2.º Cuando el testador legó una cosa á otro juntamente con los albaceas: 3.º Cuando les confiere poder amplio para pedir judicial y estrajudicialmente sus bienes, á fin de que se cumpla lo que deja dispuesto (1): y 4.º Cuando el testador legó á otro alguna cosa conjuntamente con el albacea, aunque se acostumbra estender la cláusula de albaceazgo, *con la facultad de apoderarse de los bienes del testador, venderlos en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad*; no deben sin embargo mezclarse los testamentarios particulares en otra cosa que en lo respectivo al alma del difunto, caso de haber herederos forzosos; pues dicha cláusula suele escribirse por pura fórmula, y no por precepto del testador; por lo que deben los escribanos, ó no ponerla ó hacer uso de ella únicamente cuando aquel así lo prevenga y determine. Si los testamentos son universales, podrán intervenir en todo, bien sean los herederos forzosos ó estraños, pues la ley (2) no hace esta distincion cuando aquellos están autorizados por el testador para cobrar. Mas no tienen facultad para perjudicar á los herederos en la

(1) Ley 4, tit. 10, p. 6.

(2) Ley 4, tit. 10, p. 6.

(1) Ley 6, tit. 10, p. 6.

cuarta falcidia, á menos que se prohiba su exaccion en el testamento.

5. Los testamentarios universales tienen obligacion de formar inventario de los bienes del testador ante escribano y testigos, y dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque les hubiese relevado de ello en su última disposicion. Los particulares están exentos de esta obligacion.

6. En el caso de que los testamentarios universales juzguen conveniente proceder á la enagenacion de los bienes, deberán efectuarlo en pública almoneda para que su reputacion quede á cubierto, y para evitar los fraudes que pudieran cometerse (1); si bien en la práctica suele á veces no observarse esta formalidad, sin duda por evitar los gastos que con este motivo se ocasionan. No pueden comprar cosa alguna de los bienes del difunto, y si lo hicieren, además de ser nula la venta, incurrirán en la pena de cuatrotanto (2).

7. No pueden los albaceas distraer á otros usos lo dejado para causas pías, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del testador no puede cumplirse justa y cómodamente; á menos que la conmutacion se haga con la autoridad del papa ó del príncipe por justa causa necesaria (3).

8. Tampoco pueden delegar su encargo sin espresa autorizacion del testador, y aunque se la conceda no valdrá en todos casos, especialmente si no habiendo sido muy exactos en el cumplimiento de sus deberes, contrajeron algunas obligaciones; porque entonces quedan sujetos á las resultas, aun en el caso de que hubiese delegado su encargo.

9. Deben los testamentarios cumplir su cometido en el tiempo prefijado por el testador, sea mayor ó menor que el legal; y si no les hubiese señalado ninguno, deben evacuarlo á la mayor brevedad posible, concediéndoles al efecto la ley el término de un año, contado desde la muerte del testador.

10. No pueden ser compelidos á la admision de su encargo; pero si lo aceptan, tienen obligacion de desempeñarlo con exactitud y celo, y si no lo hicieren por descuido ó por malicia, y judicialmente fuesen separados despues de haber sido amonestados al efecto, pierden por este hecho la parte que debian percibir por el testamento, á excepcion de los hijos y demás herederos forzosos á quienes les quedará salva su legítima. Tambien perderá la manda el albacea, que teniendo en su poder el testamento, no lo mostrase al juez en el término de un mes; y si en él nada se legaba, deberá pagar al interesado el daño que se le hubiese causado (1).

11. El cargo de albacea, como un verdadero contrato de mandato es gratuito, pues se funda como éste en la confianza, amistad ó piedad, y de lo contrario degeneraria en locacion; por consiguiente, por el mero hecho de aceptarlo, es visto que se obliga á evacuarlo gratuitamente, sin exigir por ello salario alguno, porque lo repugnan y resisten la naturaleza del contrato, el nombramiento hecho simplemente y la subsecuente aceptacion. Mas si hubiese intervenido pacto ó convenio entre el testador y el comisario, ó si éste acostumbrase alquilar siempre su trabajo, y por conjeturas se viniese en conocimiento que de otra suerte no hubiese aceptado su comision,

(1) Ley 62, tit. 18, p. 6.

(2) Ley 1, tit. 12, lib. 2, N. R.

(3) Conc. Trid, sess. 22, cap. 6 de reformat.

(1) Leyes 8, tit. 10, p. 6 y 5, tit. 18, lib. 10, N. R.

ni dádosela el testador; le señalará entonces el juez á su arbitrio el salario ó estipendio proporcionado á la entidad del negocio y á la ocupacion y trabajo. En este caso no se tendrá por mandato, sino por locacion ó alquiler de trabajo.

12. Concluye este cargo por las causas siguientes: por la muerte, porque como oficio personal no pasa al heredero;

por haber sobrevenido enemistad entre el testador y albacea; por impedimento, locura ó fatuidad de éste; por haber sido removido de su oficio como sospechoso; por haber pasado el tiempo ó término designado por el testador; por haber concluido su comision, y por haber cesado la causa de su nombramiento.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre el poder para testar.

Si por poder para hacer testamento no se entiende otra cosa que la facultad que el testador da á alguno para distribuir la parte disponible de bienes en favor de su alma, yo no me opondré á que el testador tenga la libertad de hacerlo así, si bien no sé por qué haya de llamarse á esto poder y no verdadera disposicion de bienes. Pero si con ese nombre se quiere significar que uno puede dar á otro la facultad de distribuir libremente su porcion disponible, de manera que pueda darla á éste ó al otro, ó hacer de ella lo que le acomodare, no puedo aprobar semejante institucion. Como digo, en el primer caso no hay poder para hacer testamento y sí solo para distribuir de una manera determinada aquella parte que las leyes permiten, que es muy diferente. Que esto se puede hacer se concibe fácilmente; porque quien puede lo mas que es la misma disposicion de bienes, puede sin duda lo menos que es la distribucion en favor de la alma de tantas ó cuantas misas, tales ó cuales preces, en cuyo caso este encargo será verdaderamente lo que se llama

testamentario. Por lo mismo yo no veo por qué se ha destinar un capítulo separado para explicar esto.

El poder para testar, entendido del segundo modo, no conviene en mi concepto ser adoptado, porque ¿quién no vé el abuso que se puede hacer de él? ¿Y cómo llenaria los fines de la testamentifaccion de recompensar los servicios de los buenos criados, de los hijos obedientes y de los amigos bienhechores, otro que el mismo testador que es quien debe tener conocimiento de ellos? Concluyamos pues que el testamento debe ser acto personal; pero que el testador bien puede encargar á otro la distribucion de su parte disponible en causas piadosas y mucho mas en pago de sus deudas legítimas.

Nuestras leyes tambien lo disponen así. Sin embargo, se dice que se puede dar poder para estenderse mas, v. gr. el que se dirige á nombrar heredero, señalando la persona que se quiere lo sea. ¿Pero quién no advierte que de esta manera la institucion de heredero se hace por el mismo testador y no por su apo-

derado, supuesto que segun se añade, no apoderado cumpla en ellos con su encar-
haciéndola éste se tiene por verificada? go, y en esta parte no me opondré, pues
Yo á la verdad no veo por qué se hayan ese es un medio para que el encargado
de confundir así las cosas. Las leyes cumpla cuanto antes su comision.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre los ejecutores testamentarios.

El nombramiento de ejecutores testa- mentarios, llamados tambien albaceas y cabezaleros, tiene por objeto además de cumplir exactamente los legados y demás disposiciones testamentarias, el de evitar la subreccion de bienes: ambas cosas son sin duda dignas de la proteccion de la ley. Los testamentarios pues promueven el pago de los legados y el cumplimiento de las demás disposiciones, porque como aquellos han de salir de la herencia, es de sospechar que el heredero no se preste á ello de buena gana y trate por lo mismo de evadirlos. Pero sobre todo es interesante la intervencion de los albaceas para el segundo objeto, en los casos en que los herederos sean menores ó estén ausentes; porque seguramente en tales circunstancias es muy de temer la dilapidacion de la herencia, tanto mas fácil quanto que es mas dificultosa su justificacion. La esperiencia nos demuestra desgraciadamente lo que sucede con frecuencia en estas cosas en una casa mortuoria: sobrinos, criados, enfermos, en fin, todos los circunstantes se creen dignos de recompensas superiores á las que les ha dejado el testador; cada cual pues por su parte forma el plan de hacerse justicia por su mano, y aprovechándose de tan bella cuyuntura, todo el mundo roba cuanto puede. Por lo mismo la presencia de uno ó dos amigos del testador particularmente en los primeros momentos despues de su muerte pudiendo salvar su herencia, debe considerarse muy útil á los herederos menores y ausentes.

Sin embargo, no conviene hacer de los testamentarios una confianza ciega, tal que degenera en un abandono completo en su buena fé; porque al fin son tambien hombres y sucede muchas veces que sujetos que acaso observarian una pureza estremada respecto á los asuntos de uno, no proceden con igual para con los de sus hijos, sobrinos ó parientes mas remotos ó estraños. Así es menester darles esta intervencion con ciertas precauciones. Enhorabuena pues que concurran á la formacion de inventario, que tengan entrada en la casa mortuoria para evitar cualquiera ocultacion de bienes, que hagan por su mano el pago de los legados que se han encomendado á su eficacia; pero me parecerá bastante arriesgado concederles facultad de apoderarse por sí solos de los bienes hereditarios y venderlos. Cuando hay heredero mayor de edad, éste como interesado los cuidará sin duda y no hay necesidad de que el albacea se apodere de ellos: si son menores ó ausentes convendrá no darles esta

poder si no es cuando el testador lo concede espresamente, y aun entonces deberian usarlo con intervencion de la justicia á quien desde luego deben ocurrir.

Pero seria de desear que esta facultad para apoderarse de la herencia y venderla naciese de la verdadera voluntad de los testadores, y no como generalmente sucede que viene de la de los escribanos autorizantes de los testamentos, por poner de estampilla ó chorrillo esta cláusula en todos los nombramientos de albaceas como si fuese una circunstancia precisa para el albaceazgo y en todo se les concede además la de usar de su encargo en

cualquiera tiempo aun pasado el legal que es de un año. Este es un abuso verdaderamente grande y puede remediarse con adoptar el método de estender los testamentos en los términos espresados por el testador, sin que los escribanos hagan mas que poner las disposiciones con la mayor claridad y órden posibles, sin aumentarlas de su bolsillo con cláusulas y frases que ni ellos mismos las entienden. Tales son las observaciones que me ocurren sobre esta materia, bien sencillas por cierto y por lo mismo no creo necesario estenderme en sus pormenores.



TITULO 10.º

De las mandas ó legados: de la cuarta falcidia, y del derecho de acrecer en los legados.

CAPÍTULO I.

DE LAS MANDAS.

1. La facultad de legar es un complemento de la de testar.
2. ¿Qué es legado?
3. Personas que pueden y á quiénes se puede legar.
4. El testador debe hacer por sí mismo las mandas.
5. Cosas que se pueden legar.
6. Instrumento en que se puede legar.
7. No pueden los testadores manifestar su voluntad por señas.
8. Divisiones de los legados.
9. Legados específicos.
10. Modos como puede legarse.
11. Legado á dia cierto é incierto.
12. Legado condicional.
13. Diferencia de la condicion de hecho y de derecho.
14. El legatario debe cumplir exactamente la condicion posible.
15. Cumplido el precepto del testador se adquiere el dominio irrevocable.
16. Cuando la condicion es negativa debe el legatario prestar la caucion Muciana.
17. ¿Cuándo se tendrá por cumplida la condicion potestativa?
18. Las condiciones copulativas deben cumplirse todas.
19. Si son disyuntivas bastará cumplir una.

20. Caso de que se imponga una condicion á muchos.
21. Legado de cierto modo ó modal.
22. Legado con demostracion.
23. Legado causal.
24. Legado alternativo.
25. Otras divisiones de legados.
26. Legado de cosa propia.
- 27 al 34. Varios casos de legados.
35. Legado de cosa agena.
36. Hay que distinguir si sabia ó no el testador que la cosa legada era agena.
37. Obligacion del heredero en este legado.
38. Legado de cosa empeñada.
39. Caso que el testador legase al deudor la prenda que éste le habia entregado.
40. Legado de cosa existente.
41. Legado de cosa futura.
42. Legado de cosas incorpóreas.
43. Legado el usufructo no pertenecerá la propiedad al legatario.
44. Legado de crédito.
45. Legado de liberacion.
46. Caso que el testador negase el instrumento del crédito.
47. En la remision de la deuda se entiende remitido el crédito puro vencido y de presente, no el condicional y á dia cierto.
48. Legado de deuda.
49. Utilidad de este legado.
50. Legado de eleccion.
- 51, 52 y 53. Varios casos de legados.
54. Legada la cosa y su valor debe pedirse primero éste.
- 55, 56 y 57. Otros casos de legados.
58. Es nulo el legado cuando el testador yerra el nombre del legatario.
59. Legado de alimentos.
60. ¿Qué cantidad deberá darse por alimentos?
61. ¿Qué se entiende por alimentos?
62. Cosas que no se pueden legar.
63. Puede el legatario admitir ó desechar el legado.

1. La facultad de legar es un complemento de la de testar, y puede decirse que es un medio concedido á los testadores para que puedan acreditar de una manera ostensible el agradecimiento ácia algunas personas, y el deseo de que se ejecuten ciertos actos de piedad ó beneficencia.

2. Las voces manda ó legado son sinónimas en nuestro derecho. Legado es una dádiva que hace el testador en su última disposicion á favor de alguna per-

sona. Se llama testador ó legante el que deja el legado, y aquel á quien lo deja, legatario.

3. Puede legar el que puede testar, y ser legatario el que no tiene prohibicion de ser heredero (1), debiendo advertir, que aunque el legatario tenga incapacidad para heredar al tiempo de hacerle el legado, valdrá éste si tiene aptitud al de la muerte del testador (2). No pueden per-

(1) Ley 1, tit. 9, p. 6.

(2) Ley 1, tit. 9, p. 6.

cibir legados los deportados ó desterrados para siempre, ni los hijos varones del traidor contra el Estado (1). Los condenados á servir por cierto tiempo ó por toda su vida en las minas ú otras obras públicas, á pesar de su incapacidad para ser herederos, podrán obtener legados (2). No será válida la manda que el testador deja á la persona que nombra por tutor si no aceptase su encargo (3).

4. El testador debe hacer por sí mismo las mandas nombrando las personas, y designando las cosas con la mayor claridad y precision, para que no se dude del legatario ni de la cosa legada (4). De consiguiente, no podrá dejar al arbitrio de otro esta facultad, ni tampoco la eleccion de la persona del legatario, á fin de evitar las dudas y disenciones que en semejantes casos suelen ocurrir; pero sí podrá autorizar á su heredero ó á cualquier otro para elegir una ó mas personas inciertas entre las que él designe ó señale; porque aquí ya no se trata de la subsistencia del legado, sino de la cualidad ó eleccion de la persona, que es una cosa secundaria.

5. Pueden legarse las cosas propias del testador, las ajenas, las presentes, las futuras, las cosas incorpóreas como son los derechos, acciones y servidumbres, los créditos, las deudas, y el derecho de percibir alimentos; advirtiendole que tambien se puede legar la eleccion de una ó mas cosas de la herencia.

6. Pueden dejarse los legados en testamento, en codicilo (5), y aun en lo que se llama *memoria testamentaria*, con

tal que esté escrita ó firmada de mano del testador y se cite en el testamento ó poder para testar, porque así redactada se estima por parte del testamento. El escribano puede sin auto del juez protocolizar la memoria, insertarla en el que otorgue en virtud de poder para testar, y dar de todo á los que tengan interés en ello las copias y testimonios que le pidan. No obstante, si el testador previene que preceda el auto del juez para la protocolizacion, deberá cumplirse su mandato, y pondrá el escribano nota en ella de habérsela entregado al heredero ó á la persona que la tuviese, para que no se presuma que hubo fraude ó suplantacion en dicha memoria, firmándola tambien el referido heredero ó la persona en cuyo poder se hallare; y si no supiere, deberá presentarla al juez para que lo mande y se eviten dudas. Si el escribano hubiere muerto, deberá tambien preceder auto del juez, dado á instancias de quien la presente, para que el sucesor en su oficio y papeles la protocolice y ponga nota de su protocolizacion en el registro del testamento, con el objeto de que sepa donde se halla, debiendo cuando se libre testimonio de ella hacer relacion del testamento de que es parte, á fin de que no pase desapercibida, ó se la dé menos importancia de la que merece.

7. No es permitido á los testadores manifestar su voluntad por señas, y si lo hacen no valdrá el legado. Este es uno de los puntos en que no convienen nuestras leyes de partida con las romanas, las que aprobaron semejante modo de legar; no obstante, como puede ocurrir el caso de que se otorgue una disposicion de esta clase, deberá el escribano poner una detenida y particular espresion del estado en que se hallaba el testador, de las preguntas que se le hicieron, de las personas que las pro-

(1) Las penas no son ya trascendentales á la familia del delincuente, con arreglo á la constitucion federal.

(2) Ley 4, tit. 5, p. 6.

(3) Ley 7, tit. 7, p. 6.

(4) Leyes 9 y 28, tit. 9, p. 6.

(5) Ley 34 al principio, tit. 9, p. 6.

nunciaron, con qué señas contestó, y demás que crea conveniente, para adquirir un exacto conocimiento de la verdadera voluntad del testador.

8. Espuestas ya estas nociones, pasaré á tratar de las principales divisiones de legados, y de los efectos que producen. Se dividen las mandas en forzosas y voluntarias. Forzosas se llaman las que los testadores tienen obligacion de dejar en sus testamentos. Pertenecen á esta clase las que se dejan para la redencion de cristianos cautivos, conservacion de los santos lugares de Jerusalem, y otras semejantes, que podrán verse en la real órden de 11 de Diciembre de 1750, y en la real cédula de 16 de Septiembre de 1813. En estas mandas se atiende á la práctica del pais y á los bienes y voluntad del testador, pero no puede bajar su valor de treinta y seis maravadís, á no ser que sea pobre de solemnidad. *Voluntarias* son las que dependen de la voluntad del testador, pudiéndolas dejar á quien quiera y del modo que mejor le parezca. Estas se dividen en genéricas, específicas y de cantidad. *Genéricas* son las que designan una especie; pero sin determinar el individuo, calidad ó cantidad de la cosa legada, como vino, trigo, aceite ó un caballo. *Específicas* las que designan la cosa de tal modo que no puede confundirse con otra, señalándola al efecto con el nombre particular, ó señales ciertas con que se la conoce; v. gr., una casa sita en tal parte, con tal número y linderos, ó un caballo blanco de tal edad, altura &c.

9. En los legados específicos adquiere el dominio el legatario desde la muerte del testador; pero en los genéricos no le adquiere hasta el momento en que el heredero se lo debe entregar. En todo legado no sólo deberá entregar el heredero

al legatario la cosa específica é individual que mandó el testador, sino todo cuanto á ella pertenezca con el incremento que haya tenido hasta el dia en que se la entregue, y los frutos que haya producido desde que tomó posesion de la herencia ó la aceptó, á no ser que el testador, dispusiese otra cosa. No alcanzamos la razon por qué no le hayan de pertenecer los frutos producidos en el tiempo que media desde la muerte del testador y la aceptacion de la herencia. Si la cosa legada era agena y lo sabia el testador; nada se dará al legatario por razon del aumento que puede haber tenido. Si legó una casa y se arruinó, llevará solamente la área ó solar en que estaba edificada; pero si el testador la reedificase no tiene el legatario derecho á ella, porque se cree que ha revocado el legado, excepto en la parte de solar que no hubiese edificado. Mas si el legado consistiese en un solar, y luego el testador edificase en él una casa, se dará al legatario como aumento del legado. De *cantidad* se llaman aquellos legados en que se determina el número del género de la cosa legada, como dos caballos, cuatro libros &c.

10. Los legados pueden hacerse: 1. ° *Puramente*: 2. ° *A dia cierto*: 3. ° *Bajo condicion*: 4. ° *De cierto modo*: 5. ° *Con alguna señal ó demostracion*: 6. ° *Con causa*: 7. ° *Alternativos*. Se entiende hecho *puramente* el legado cuando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, calidad, ni condicion que suspenda impedirlo ó entregarlo. En este legado incumbe la obligacion de probar la condicion, dia ó calidad puesta en él al que alega que no se ha hecho puramente. Tres acciones competen al legatario á quien se deja puramente el legado, qué són: la personal por testamen-

to, la hipotecaria y la reivindicacion. Si el legado es específico hará uso de la reivindicacion (1); pues como ya se ha dicho anteriormente, adquiere el dominio de la cosa legada desde que fallese el testador. Si fuese genérico ó de cantidad le compete la accion personal é hipotecaria, y no la reivindicacion porque antes de la tradicion no hay dominio.

11. Se dice legado *á dia cierto* cuando el testador señala el dia ó tiempo en que se debe entregar ó puede pedirse la cosa ó cantidad legada, como si digese: Mando á Antonio mil pesos para el primer dia del año. En este legado tiene el legatario accion para pedirlo antes del dia designado; pero no hay obligacion de pagarlo hasta que llegue; porque la voluntad del testador no fué que pasase inmediatamente á poder del legatario. El derecho de éste á la cosa legada, pasa á sus herederos, aun cuando falleciese antes de percibir la manda, ó antes de que el heredero del testador se posesione de la herencia (2), á pesar de que en el legado condicional sucede lo contrario. Si el dia fuere incierto, como cuando dice el testador, que manda á Juan mil pesos para cuando cumpla treinta años; ninguna accion ni obligacion existe hasta que llegue el dia, porque se reputa por condicion, y como tal puede no verificarse (3). Si el testador deja á algun menor algun legado ó fideicomiso para cuando sea mayor de edad ó pueda administrar sus bienes, deberá estenderse para cuando tenga veinticinco años, aunque impetre la venia para su administracion. Si el legatario falleciere antes que llegue el dia, pasa á sus herederos el legado como si fuera puro.

12. Legado *condicional* es aquel que no tiene efecto hasta que existe la circunstancia dudosa puesta por el testador. Así, cuando el testador dice: lego á Juan una casa si se recibe de abogado, es claro que no tiene derecho á ella hasta que se cumpla la condicion que el testador le impuso, la cual en el ejemplo propuesto es de hacerse abogado. La condicion es expresa ó tácita. Expresa la que se hace con palabras claras y terminantes, v. gr.: dejó á Juan mi casa, si hace tal cosa. Tácita, la que se sobreentiende aunque no se espresase, como cuando se lega la cosecha del año próximo, en cuyas palabras se comprende la condicion si la hubiese; ó si se prometiese una dote, pues se sobreentiende la condicion de que haya de efectuarse el matrimonio.

13. Debe advertirse, que cuando la condicion es de hecho, como de ir á cierta parte, ú obtener tal empleo, no basta que se cumpla, ignorándolo aquel á quien se impone. Lo que no sucede si la condicion es de derecho; pues con tal que se cumpla, el legatario percibirá su legado aun cuando lo ignore.

14. El legatario debe cumplir exactamente la condicion posible que le impuso el testador, sin que le sea permitido ejecutarla de otra suerte ó modo equivalente. El heredero ó legatario que falleciere antes de su cumplimiento, no adquiere ni trasmite derecho alguno á sus respectivos herederos (1).

15. Si el legatario cumple el precepto del testador, adquiere dominio irrevocable en la cosa legada; pero antes de cumplirse, y aunque dé fianza, se le transfiere únicamente el revocable; de suerte que si no lo lleva á efecto, debe restituir el legado con sus frutos (2).

(1) Ley 34, tit. 9, p. 6.

(2) La misma ley 34.

(3) Ley 31, tit. 9, p. 6.

(1) Leyes 7 8 y 9, tit. 4 part. 6.

(2) Ley 21, tit. 9, part. 6.

16. Si la condicion consistiese en no dar ó no hacer, debe el heredero ó legatario prestar la caucion *Muciana*, llamada así por los romanos por haberla inventado el jurisconsulto Quinto Mucio. Con ella afianza el heredero ó legatario, que no hará ni dará lo que le prohíbe el testador. Sin este requisito no se le entregará la herencia ó legado.

17. Cuando la condicion potestativa pende en parte del heredero ó legatario, y en parte de un tercero, y no se cumple por culpa de éste, se tendrá por cumplida, siempre que el heredero ó legatario hayan puesto de su parte cuanto se necesitaba para que tuviese efecto (1). Es decir, que la condicion potestativa se tiene por cumplida cuando el heredero ó legatario emplean para ello todos los medios que están á su alcance, sin que les perjudique el que deje de realizarse por el acaso, ó por culpa de otro.

18. Cuando el testador pone dos ó mas condiciones copulativas que tienden á diversos fines, deben cumplirse todas para poder pedir y percibir el legado: como cuando dice, instituyo por mi heredero á Pedro si diere tal cantidad de limosna, hiciere tal hospital y dotare á dos médicos que hayan de asistir á los enfermos.

19. Si las condiciones fuesen disyuntivas, bastará cumplir una sola para que perciba el legado, *vr. gr.*, dejo á Juan dos mil duros si diere la mitad á los pobres del Hospicio ó á los niños de la cuna.

20. Si pone una condicion á muchos, basta que cualquiera de ellos la cumpla, ó que se verifique en uno, para que sea válida la institucion ó legado; y si son muchos los herederos ó legatarios y están instituidos los unos bajo condicion,

y los otros sin ella, recibirán éstos desde luego la parte de herencia ó legado que les toque, y los otros nada hasta que se cumpla la condicion; á no ser que haya tenido efecto por culpa de un tercero, en cuyo caso, como se ha dicho anteriormente, se tiene por cumplida. Acerca de si la condicion puesta al legatario se entiende repetida al sustituto, téngase presente lo que se dijo cuando se trató de la sustitucion de herederos.

21. Legado bajo de cierto modo ó modal es aquel en que el testador lega á uno alguna cosa con algun objeto ó fin determinado. Este legado no se puede pedir ni debe entregarse sin prestar el legatario caucion ó fianza de que llenará el objeto ó fin con que se hizo (1). Pero si el testador quiso que lo cumpliese antes de la entrega de la cosa legada, no se le entregará, aunque dé fianza. Se trasmite este legado á los herederos del legatario; teniendo tambien éstos la obligacion de dar fianza de cumplir el modo. Si no lo cumplen deben restituirlo con los frutos. Cuando hay ambigiiedad en las espresiones del testador, antes deben tenerse por modales que por condicionales, por la razon de que mas debe atenderse á la mente y voluntad del testador que á las palabras con que la espresa.

22. Con demostracion se hace el legado cuando el testador nombra la cosa legada con alguna señal ó circunstancia por la cual es conocida. Dúdase si será válida la manda cuando la demostracion es falsa. Los autores son de opinion de que generalmente vale, aunque la demostracion no sea verdadera, de suerte que si el testador dice: lego á Juan tal cosa que compré á José, el

(1) Leyes 14 y 22, tit. 4, part. 6.

(1) Ley 21, tit. 9, part. 6.

legado valdrá, aunque la cosa no haya sido comprada, como el testador supone. Me parece que lo mas acertado será examinar detenidamente la voluntad del testador, para no incurrir en un error, ejecutando lo que tal vez no fué su voluntad. Lo mismo debe decirse respecto al error que puede padecerse en el nombre del legatario ó de la cosa legada (1).

23. Legado con causa ó causal se llama aquel en que el testador manifiesta la razon que le determina para dejar el legado v. g., dejo á Pedro tanta cantidad por haberme hecho tal obsequio. Aquí deben tenerse presentes las mismas razones que hemos espuesto en el número anterior para resolver las dudas que se ofrezcan acerca de la verdad ó falsedad de la causa. Así pues, si el testador dijo que legaba á Pedro cien doblones por haberle hecho tal obsequio, es claro que no deberá valer si el heredero prueba que Pedro no le hizo semejante obsequio, y que á haberlo sabido el testador, no le hubiera hecho el legado. Lo mismo sucedería si dijera que legaba á Juan un caballo porque era su pariente, y después resultase no serlo.

24. Finalmente será alternativo el legado cuando se deja indistintamente una misma cosa á diferentes personas, v., g. á Pedro ó á Juan doy ó lego tal cosa, en cuyo caso se admite á todos para que reciban iguales partes. Mas no sucede lo mismo cuando la persona es una, y las cosas dos ó mas, v. g. á Pedro lego la casa A. ó el caballo B; porque en este caso se cumple con entregar al legatario la casa ó el caballo.

25. De las distintas cosas que pueden legarse y de las cuales hicimos mencion en el núm. 5 de este capítulo, na-

cen las divisiones siguientes: manda de cosa propia y agena, manda de cosa presente y futura, manda de crédito, de liberacion y deuda, manda de cosa corpórea ó incorpórea, y manda de opcion ó eleccion.

26. Legado de cosa propia es aquel que hace el testador de cosa que está en su patrimonio ó bienes. Para saber de qué parte de bienes puede el testador disponer hay que distinguir si tiene ó no herederos forzosos; porque en el primer caso es evidente que solo podrá disponer del tercio ó del quinto, segun sean descendientes ó ascendientes, que es lo que le queda libre; pues no puede perjudicar á sus herederos privándolos de su legítima, al paso que en el segundo caso puede invertir en legados todo lo que posee, porque á nadie perjudica en sus derechos.

27. Cuando el testador lega en su totalidad varias cosas de una misma especie ó género, espresando lo accesorio que solamente se halla en alguna de ellas, v. g. lego todos los caballos con sus jaeces ó aderezos, deberán entregarse indistintamente al legatario, aunque no todos tengan jaeces; porque la voluntad del testador fué que se entregaran con los accesorios que tuvieran. Otra cosa sería si el testador dijese lego mis anillos que tienen piedras; porque es claro que quiso legar únicamente los anillos que tenian aquella cualidad.

28. Si lega tanto cuanto perciba ó perciban los herederos instituidos, se entregará al legatario la mitad de la herencia, y la otra al heredero ó herederos; si lega tanto como corresponda á uno de sus herederos, se le dará únicamente una parte igual á la del que perciba menos; porque en caso de duda se entienden gravados aquellos lo menos posible.

(1) Véanse las leyes 9 y 28, tit. 9, part. 6.
TOM. I.

29. Si el testador dijere, lego mis caballos, casas &c., se entienden los que tenia al tiempo de hacer el testamento, y no todos los que deje al tiempo de su muerte, aunque para evitar dudas será conveniente que se especifique con claridad cuáles quiere legar.

30. Si lega simplemente una cantidad en testamento y despues lega la misma en codicilo, debe el heredero entregar el valor de ambas, á no ser que pruebe que fué otra la voluntad del testador (1). Lo mismo sucederá cuando se lega una misma cantidad en diferentes legados variando el modo de dejarla, v. g. si uno se hace puramente, y el otro con condicion, pues se entiende que quiso el testador multiplicar el legado.

31. Cuando el testador dice que lega cierta cantidad á las hijas de uno que tambien tiene hijos varones, debe entenderse que el legado es solo para aquellas; pero si dijere hijos, se repartirá entre todos, porque hablando jurídicamente en el género masculino, se comprende el femenino.

32. Si el testador legare lo que tiene en un lugar determinado, y despues él ú otro con su consentimiento hubiere aumentado algunas cosas mas, debe entregarse todo al legatario; pero si este aumento se hubiere hecho sin consentimiento de aquel, llevará entonces únicamente el legatario lo que el testador tenia colocado en dicho lugar.

33. Cuando el testador lega una cantidad ó cosa, y despues de legada se consume, subsiste el legado, con tal que en su lugar se sustituya otra de la misma clase ó género, porque se presume que no fué su voluntad anular el legado, sino subrogar la cosa legada.

34. Si el testador lega dos ó mas veces una cosa determinada á un legatario en un mismo testamento, su heredero cumple con entregarla una vez.

35. Además de las cosas propias puede el testador legar las de su heredero ó de otra persona: por consiguiente legado de cosa aiena es aquel por el cual el testador deja las cosas que no están en su patrimonio, ni le pertenecen. Cuando el testador lega cosas del heredero, se ha de distinguir si es único el heredero gravado, ó si son muchos. Si es uno, nadie mas que él está obligado á entregar la cosa legada ó su estimacion; pero si son muchos y gravados todos á restituirla ó entregarla, deberán entre ellos pagar el legado á proporcion de la parte de herencia que les toque.

36. En el legado de cosa aiena tambien hay que distinguir si sabia ó no el testador que la cosa legada era aiena, porque si lo ignoraba, no valdrá el legado (1); pues debe presumirse que se equivocó disponiendo de una cosa que no le pertenecia. Sin embargo, aun en este caso valdrá si se hace á un consaguíneo, á su muger ó á un amigo íntimo (2); por que se presume que aunque hubiera sabido que era aiena, la hubiera legado por el cariño ó amistad que entre ellos mediaba.

37. El heredero tiene obligacion de comprar la cosa aiena y entregarla al legatario; pero si su dueño no quiere venderla, cumple con entregar su valor.

38. Pueden tambien legarse las cosas empeñadas, y entonces el legado se llama de prenda. El heredero tiene obligacion de desempeñarla y entregarla al legatario, ora esté empeñada por menos

(1) Ley 43, tit. 9, part. 6.

(1) Ley 10, tit. 9, part. 8.
(2) Ley 10, tit. 9, part. 8.

de su valor, ora lo esté por el que realmente tenga ó por mas, supiese ó no el testador que al tiempo de legarla estaba empeñada. Pero si cuando la legó ignoraba su empeño, y el importe de éste era menor que el valor de la alhaja, debe desempeñarla el legatario, porque se conoce que la intencion del testador fué legarle solo el exceso (1).

39. Si el testador lega á su deudor la prenda que éste le habia entregado y tenia en su poder para seguridad del débito, valdrá el legado en cuanto á la entrega de la prenda; pero no respecto de la remision de la deuda, pues se entiende que el ánimo del testador no fué ceder el valor de la deuda, sino únicamente el de la prenda (2); á menos que el legatario pruebe que se la quiso remitir el testador.

40. Manda de cosa existente es la que se hace de las cosas que han entrado ya en el patrimonio ó dominio del testador, como las cosas que posea, los frutos que ha recolectado. Si el testador legó una cosa presente que dudaba si existia ó no, está obligado el heredero á dar caucion al legatario de que la buscará para entregársela, siendo además de su cuenta y riesgo los gastos que tenga que hacer para cumplir con esta obligacion, sin gravar en nada al legatario (3).

41. Legado de cosa futura es el que se hace de las cosas que no existen pero que se tiene derecho á ellas; de modo que si el testador dice, que lega la cosecha ó los frutos que den sus tierras en el año próximo, este legado será válido tan luego como se verifique la produccion de aquella, ó la recoleccion de és-

tos (1). Aunque este segundo puede llamarse condicional, no lo es sin embargo en cuanto al efecto de impedir la trasmission de la cosa legada.

42. Legado de cosas incorpóreas es aquel que hace el testador de los derechos, acciones y servidumbres que le competen contra alguno. Cuando el testador lega simplemente el derecho ó esperanza de adquirir una cosa ó parte de ella, se entiende que solo lega el derecho ó parte que le corresponde; por esta razon no vale el legado que haga el testador de la cosa que tiene en usufructo ó en enfiteúsis, porque tanto aquel como éste son unos derechos que espiran con su persona.

43. Si el testador lega el usufructo de parte de sus bienes, no pertenecerá la propiedad al legatario sino á la persona que haya designado, á la que deberá tambien volver el usufructo tan luego como se cumpla el plazo por que se concedió. Cuando el usufructo se lega por cierto número de años, se llama legado ánuo. No se puede legar el usufructo sino de bienes propios del legante.

44. Además de los legados que van expresados se conocen otros llamados de *crédito, de liberacion y de deuda*. Legado de crédito es aquel en que el testador deja al legatario lo que le debe un tercero. De consiguiente es permitido á los testadores mandar los derechos y acciones que les competen contra algunos, en cuyo caso tiene obligacion el heredero de entregar al legatario los instrumentos con que pueden probarse, y cederle las acciones correspondientes para su probanza.

45. Llámase legado de liberacion aquel por el cual el testador perdona ó

(1) Ley 11, tit. 9, part. 6.

(2) Ley 16, tit. 9, part. 6.

(3) Ley 12, tit. 9, part. 6.

(1) La misma ley.

libra á su heredero de la deuda que contra él tenían. Este legado aprovecha tambien á los herederos del deudor y á su fiador; pero si se hiciese á éste, no aprovecharia á aquellos. De cuatro maneras puede hacerse el legado de liberacion: 1.ª espresamente: 2.ª diciendo; lego á Antonio mi deudor lo que me debe: 3.ª mando al heredero que no pueda pedir al deudor lo que deba: 4.ª legando á éste el instrumento, vale ó escritura que formalizó para la seguridad de la deuda.

46. Si el testador legare á uno el instrumento del crédito, se entiende que lega la deuda en él contenida, y que grava á su heredero para que se lo entregue, y le ceda las acciones correspondientes para cobrarla (1). El efecto que produce el legado de liberacion consiste en no poder ser obligado aquel á quien se hace, á que pague la deuda, aunque le compela á ello el heredero del testador.

47. Por la remision ó liberacion de la deuda hecha en contrato ó última voluntad, se entiende remitido el crédito puro vencido y de presente, no el condicional y á dia cierto; á no ser que se espresé otra cosa. En la manda general se comprenden los débitos personales á favor del difunto pero no los reales ó hipotecarios. De consiguiente no se entienden comprendidas en este legado las cosas sobre las cuales se puede reconvenir á los poseedores por reivindicacion ú otra accion real, por cuya razon puede el heredero repetirla del poseedor.

48. Legado de deuda es aquel en que el testador lega lo que le debe el legatario. Si despues de legada la deuda exige el acreedor al deudor su solucion ó paga, se entiende que revoca el legado, no es-

tando en obligacion el heredero de entregar su importe al legatario; pero si el deudor la satisfaciese voluntariamente, será válido y el heredero tendrá obligacion de entregárselo; porque se cree que el testador lo recibió con ánimo de guardárselo al legatario (1). Tambien será válido, cuando el testador lega á alguno cierta suma, aparentando que se la debe, aunque en realidad no sea así; pues se presume que fué un pretesto de que se sirvió para legársela (2).

49. La utilidad que resulta del legado de deuda consiste en que se convierte de presente la deuda que lo era desde cierto dia; que se hace líquida la que antes no lo era y que se adquiere hipoteca en los bienes del testador, considerándose cumplida la condicion.

50. Legado de eleccion es aquel por el cual el testador quiere que el legatario elija entre muchas cosas de un mismo género la que mejor le pareciere. Si el testador lega á uno dos cosas para que elija la que quiera, despues de elegida una de ellas, no se le permite elegir la otra, y si deja la eleccion al arbitrio de un tercero, y no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario trascurrido que sea. Pero si despues de elegido se le quitase en juicio por ser agena, podrá pedir y tomar la otra, como si desde el principio hubiera hecho la eleccion.

51. Si el testador lega á dos juntos ó separadamente una misma cosa para que elijan la que quieran, y el uno no se conformase con la eleccion del otro, se echarán suertes, y ha de elegir aquel á quien toque, pero con la obligacion de pagar al otro la parte que le corresponde del valor de la cosa.

(1) La ley penúltima, tit. 9, part. 6.

(1) Ley 15, tit. 9, part. 6.

(2) Leyes 19 y 20, tit. 2, part. 6.

52. Cuando se deja el legado de elección á uno, y muere sin haberla hecho, lo verificarán sus herederos; y si discordasen, elegirá el que le toque por suerte. Si el testador tiene muchas cosas de una especie, y lega una de ellas á un sugeto, y otra á otro, sin distinguir si una es mas preciosa que la otra; la eleccion toca al que fué nombrado primero, porque se cree que le profesaba mayor afecto. Si fuere uno solo el legatario, no podrá escoger la mejor.

53. Si se legase á dos personas distintas una misma cosa por diferentes testadores, y uno de estos dos legatarios sucediese despues al colegatario, puede adquirir por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su valor ó estimacion; sin que obste la razon de que dos causas lucrativas no pueden tener nunca lugar en una misma persona, porque el derecho que á este legado compete, trae su origen de diversas personas.

54. Para conseguir la cosa legada y su valor, se debe pedir y percibir primero éste; y la razon que dan los autores de esta opinion es, porque el que percibe antes la cosa consigue el pleno dominio, y no puede pedir el precio; lo que no sucede cuando recibe su estimacion, pues entonces no consigue mas que el precio de ella, que es muy diverso y fácilmente se pierde y se consume, por lo que puede pedir despues la cosa legada, como que no se le ha entregado ni satisfecho plenamente. Esta razon no la creo muy poderosa, pues legada una cosa y su valor, puede presumirse que la voluntad del testador fué dejar dos legados, y en cuanto á que el valor de la cosa fácilmente se pierde, puede tambien perderse ésta con igual facilidad que el valor de la misma.

55. Si el legado estuviere concebido

en esta forma: Mando á Pedro tal alhaja (nombrándola), la cual se le entregará cuando quisiere mi heredero, y muriere éste sin haberla entregado, ni fijado dia al suyo para su entrega; debe entregarse al legatario tan luego como el nuevo heredero entre en la herencia. Mas si dice: Mando á Pedro tal alhaja para que la reciba si quisiere, hay que distinguir si el legatario hubiere muerto sin haberla pedido ó manifestado que la queria; pues entonces no valdrá el legado, pero sucederá lo contrario si la hubiere pedido, ó manifestado su voluntad de percibirla (1).

56. Cuando el testador lega alguna cosa á una persona difunta creyéndola viva, no está obligado el heredero á entregarla, ni tampoco cuando el legatario falleciere antes de la muerte del testador (2).

57. Puede dudarse si teniendo un padre cinco ó mas hijos legítimos, podrá legar el quinto á un hijo natural, espurio ó á quien quiera. Algunos autores niegan tal facultad por la razon de que el legatario seria de mejor condicion que los herederos, tocándole mas parte de la herencia que á éstos; mas sin embargo es indudable que tiene semejante facultad, porque las leyes le permiten disponer del quinto á favor de su alma ó de quien quiera, y lo que no puede es gravar á los hijos en su legítima.

58. Es nulo el legado en que el testador yerra el nombre del legatario, como si creyendo nombrar á uno designase en su lugar á otro diferente (3); sin embargo, será válido si el error recae sobre el nombre propio de la cosa legada, como si consistiendo esta en un buey, equivocase el testador el nombre con que solia ser

(1) Ley 30, tit. 9, part. 6.

(2) Ley 35, tit. 9, part. 6.

(3) Ley 12, tit. 9, part. 6.

lamado; pero si éste fuere apelativo y lo equivocase el testador, no valdrá el legado; como si legado el buey que está en tal sitio, lo que allí estuviese fuera un caballo (1).

59. El testador puede tambien legar los alimentos. En este legado hay que distinguir si fija ó no el tiempo hasta cuando se ha de contribuir en ellos: si le fija, es claro que deberán darse hasta el que haya designado; si no le señalare, se han de dar por toda la vida. Cuando se legan los alimentos á los menores hasta la pubertad, se amplia ésta en los varones hasta los diez y ocho años, y en las hembras hasta los catorce por razones de piedad y conveniencia.

60. Respecto de la cantidad que deba darse, tambien hay que distinguir si el testador la prefijó ó no. En el primer caso deberá darse la que señaló, y en el segundo debe tambien distinguirse si el testador acostumbraba en vida á dársela ó no. Si lo ejecutaba, deberá verificarse en los mismos términos que él lo hacia; pero en el caso contrario cumple el heredero con dar lo suficiente para cubrir las necesidades del legatario, teniendo en consideracion los bienes del testador.

61. Por alimentos se entiende la comida, vestido y habitacion, y no la enseñanza, á menos que el testador así lo expresase (2). Si el testador legare los alimentos diarios, se deberá dar únicamente la comida, atendiendo para su regulacion á la condicion del legatario y á las facultades del testador (3).

62. Habiendo examinado las cosas que pueden legarse, y las diferentes clases de mandas, véamos las que no pueden ser objeto de legados. Estas son las

cosas sagradas; los bienes pertenecientes á las iglesias; lo que es propiedad de los reyes ó del Estado; las comunes de las ciudades, villas y lugares; los mármoles, pilas, puertas y demás objetos puestos en los edificios para su adorno y seguridad; de suerte que si el testador legare alguna de estas cosas, no valdrá la manda (1). Tampoco será válido el legado, que aunque pudo hacerse cuando se otorgó el testamento, muda despues de estado ó condicion, como si siendo laical pasare despues á poder de la Iglesia, en cuyo caso si esta mudanza se hubiere hecho sin culpa del heredero, no estará obligado á entregar la cosa legada ni su estimacion (2).

63. Puede el legatario admitir ó desecher el legado, y á veces podrá aceptarlo en una parte y repudiarlo en otra, como se verifica en los casos siguientes: 1.º Cuando el testador hace el legado por partes en distintas cláusulas y oraciones, pues en este caso pueden considerarse como varios legados, y por consiguiente podrá admitir solamente el que mejor le parezca: 2.º Cuando se legan muchas cosas determinadas en una cláusula (3). 3.º Cuando muere el legatario sin haber aceptado ni repudiado el legado y deja varios herederos, podrá cada uno aceptar ó repudiar su parte aunque sea una cosa legada, porque acepta ó repudia todo lo que le toca (4). Pero si el legado comprendiese dos cosas, la una con gravámen y la otra sin él, ó si el testador hubiere hecho el legado en una cláusula ú oracion, de suerte que se estime un solo cuerpo ó legado, no podrá el legatario admitirlo en una parte y desecharlo en otra (5).

(1) Ley 28, tit. 9, part. 6.
(2) Ley 2, tit. 19, part. 4.
(3) Ley 24, tit. 9, part. 6.

(1) Ley 13, tit. 9 part. 6.
(2) La misma ley 13.
(3) Ley 36, tit. 9, part. 6.
(4) Ley 36, tit. 9, part. 6.
(5) La misma ley 36.

CAPITULO II.

DE LA REVOCACION DE LOS LEGADOS Y DE LA CUARTA FALCIDIA.

1. Puede el testador revocar los legados cuantas veces quiera.
2. Se entienden revocados por enemistad capital.
3. Cuando perece sin culpa del heredero.
4. Se revoca tambien por enagenacion de la cosa legada.
5. Por transformarse de modo que parezca otra diversa.
6. Caso especial del legado de un carro.
7. Caso de que el testador empeñe ó hipoteque la cosa legada.
8. No hay revocacion cuando se lega la cosa ó su valor, y ésta se enagena.
9. Cual fué el objeto de la cuarta falcidia.
10. Cuando tiene lugar.
11. Casos en que no puede deducirse.

1. Como la voluntad del testador es variable hasta la muerte, puede revocar los legados que hizo, siempre que lo tenga por conveniente, ya lo haga de un modo espreso ó ya tácito. Se entenderá revocado espresamente cuando en la misma disposicion ó en otra posterior así lo declarase; cuando revoca la disposicion en el todo, ó solo en cuanto á ellos; cuando la cancela por sí propio, ó manda que otro la cancele; pero si éste la cancelase sin orden de aquel, no tendrá lugar la revocacion (1). Y tácitamente cuando se infiere y presume de la mente del testador.

2. Se entenderá tácitamente revocado el legado, si despues de hecho se originase enemistad capital entre el testador y el legatario; pero si luego se reconcilian, recobrará otra vez su valor por la tácita voluntad del legante.

3. Tambien se considera revocado el legado, cuando la cosa que lo compone se pierde ó consume despues sin culpa del heredero, ni negligencia en su custodia; y dudándose si se perdió por su culpa ó se escondió con su conocimiento, de be dar seguridad de que hallada que sea

la entregará. Se entenderá haber perecido la cosa por su culpa, cuando no la guardó con el cuidado que se acostumbra poner en cosa propia, ó si no la entregó por negligencia á su debido tiempo (1).

4. Igualmente se revoca cuando por contrato lucrativo, como donacion, enagenó del todo el testador la cosa legada (2); lo mismo sucede cuando la enagenacion se hizo por contrato oneroso y por su mera voluntad (3); pero si dicha enagenacion se hubiere hecho por necesidad, no tendrá lugar la revocacion.

5. Se revoca tambien si la cosa legada se convirtiese en una nueva especie como si habiéndose legado lana, madera ú otra cosa semejante, se hiciere despues paño, casa ó nave; porque dejan de ser lo que eran, y se transforman en otras cosas (4). Tambien se entenderá revocada la manda cuando el legatario muere antes que el testador (5).

6. Legando el testador un carro ó carreta que tenga mula para tirar de él, segun la opinion de varios intérpretes, debe dársele al legatario ambas cosas, y

(1) Ley 39, tit. 9, part. 6.

(1) Ley 41, tit. 9, part. 6.

(2) Ley 11, tit. 9, part. 6.

(3) Ley 40, tit. 9, part. 6.

(4) Ley 42, tit. 9, part. 6.

(5) Ley 35, tit. 9, part. 6.

si muere la mula se entiende revocado el legado; á no ser que el testador en vida ponga otra en su lugar (1). No comprendemos en qué podrían fundarse los compositores de las Partidas, tanto por establecer que legado el carro se entiende legada la mula, como que muerta ésta es nulo el legado del carro. Sin embargo, esta doctrina deducida del derecho romano ofrecerá sin duda en la práctica muy pocos inconvenientes, en atención á que rarísima vez sucederá que el testador se explique con tal generalidad ó ambigüedad, que haya necesidad de hacer uso de esta disposición.

7. Si después de hecho el legado empeñare ó hipotecare el testador la cosa legada por su justo precio, y no hubiere esperanzas de redimirla ó pagarla, se considerará que lo quiso revocar; pero no si la cosa legada pudiere redimirse ó pagarse.

8. Tampoco se considera revocado cuando se legó la cosa y su valor, pues aunque después se enagene, se debe al legatario su estimación. Ni cuando á pesar de haberla enagenado la conserva en su poder, porque no se transfirió su dominio por falta de tradición. Tampoco pueden repetir sus herederos el legado que pagaron valiéndose del pretexto de haber sido hecho en testamento imperfecto por razón de solemnidad, y de ignorar esta excepción que les favorecía; á menos que sean soldados, mugeres, menores ó labradores rústicos, pues á éstos sufragarán dichas excusas (2).

9. Suelen á veces los testadores distribuir todos sus bienes en mandas y legados, de suerte que al heredero no le queda cosa alguna. Para evitar este abu-

so promulgaron los romanos la ley *falcidia*, según la cual pertenece al heredero la cuarta parte de todos sus bienes. Nuestras leyes de Partidas la adoptaron también, y á pesar de que algunos opinan que habiendo cesado entre nosotros la causa de su introducción no tiene ya lugar, daremos sin embargo una breve noticia de ella.

10. Por esta ley el heredero extraño, cuya herencia se haya tan recargada de mandas que le queda menos de la cuarta parte de su valor, puede retener en su virtud hasta la cuota referida, deduciendo la cuarta parte de los respectivos legados ó mandas, apropiándose la por la sola razón de haber sido nombrado heredero (1). Para su deducción se ha de atender al valor que tenga la herencia al tiempo de la muerte del testador; porque el aumento ó disminución que sufran son de su cuenta, y no de la de los legatarios (2).

11. No puede el heredero deducir la cuarta: 1.º En los legados propios: 2.º En los de testamento militar (3): 3.º Cuando no hubiese hecho inventario (4): 4.º En los de cosa cierta cuya enagenación prohíbe el testador: 5.º Cuando cancelase maliciosamente el testamento ú ocultase alguna de las cosas legadas: 6.º Cuando hubiese satisfecho íntegramente algunos legados, á no ser que se descubra después alguna deuda del difunto (5): 7.º Cuando fuere descendiente ó ascendiente del testador, pues entonces saca su legítima (6): 8.º Cuando el testador prohíbe espresamente su deducción (7).

(1) Dicha ley 42.
(2) Ley 31, tit. 14, part. 5.

(1) Ley 1, tit. 11, part. 6.
(2) Leyes 1 y 3, tit. 11, part. 6.
(3) Ley 4, tit. 11, part. 6.
(4) Leyes 2 y 7, tit. 11, part. 6.
(5) Ley 6, tit. 11, part. 6.
(6) Leyes 17, tit. 1 y 4, tit. 11, part. 6.
(7) Ley 6, tit. 11, part. 6.

CAPÍTULO III.

DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS LEGADOS.

1. ¿Cuándo tendrá lugar en las herencias?
2. ¿Qué es derecho de acrecer y de no decrecer?
3. Es necesario que haya conjuncion.
4. Diferentes especies de conjuncion.
5. Reglas sobre el derecho de acrecer.
6. Si los legatarios son conjuntos en la cosa, pasa sin carga al conjunto.
7. Caso que uno de los legatarios vendiese ó enagenase su parte.

1. El derecho de acrecer en las herencias era necesario ó indispensable entre los romanos, como que estribaba en el axioma legal de que nadie podia morir en parte testado y en parte intestado. Mas entre nosotros despues de la célebre ley recopilada (1), que desechando todas estas ficciones y sutilezas del derecho romano, no exige para la validez del testamento la institucion de heredero, dejó ya de existir el derecho de acrecer en las herencias como consecuencia de aquel principio, y solo tendrá lugar cuando se funde en la voluntad expresa ó presunta del testador que siempre debe acatarse y cumplirse (2); si bien es cierto que la ley de Partida (3) habla solo de mandas y legados. Daremos, pues, con relacion á éstos algunas nociones sobre el derecho de acrecer, las que tambien deberán tenerse presente, si ocurriese algun caso con respecto á las herencias.

2. Llámase derecho de acrecer el que tienen los colegatarios para adquirir la parte de alguno de ellos que falte; y derecho de no decrecer es el que tienen para conservar su parte además de adquirir la agena, quedándose por ejemplo uno solo con los bienes que habian de repartirse entre dos.

3. Para que se tenga el derecho de acrecer es necesario que falte uno de los colegatarios, y que estén llamados juntamente á la misma cosa, lo que puede verificarse de tres modos, ó por conjuncion real, ó verbal, ó mixta de real y verbal.

4. Se entiende que hay conjuncion real, ó en la cosa cuando el testador deja una misma en un solo testamento á varias personas, en cláusulas ó periodos separados: por ejemplo, lego mi viña á Juan, lego á Pedro la misma viña. Habrá conjuncion verbal, ó en las palabras si el testador en un mismo periodo lega una misma cosa á distintas personas, pero señalando espresamente á cada una cierta parte determinada: por ejemplo, lego á Juan y á Pedro tal cosa por partes iguales. Por último, habrá conjuncion mixta cuando el testador en la misma cláusula lega una misma cosa á distintas personas sin designacion de partes: por ejemplo, lego á Juan y á Pedro tal casa.

5. Si entre los legatarios hubiese conjuncion real ó mixta, se dividirán con igualdad entre sí la cosa legada, y en caso de faltar alguno de ellos acrecerá su parte al otro. Si la conjuncion fuere verbal ó en las palabras, entonces segun la opinion mas generalmente adoptada, no habrá derecho de acrecer; porque en realidad puede decirse que son distintos legados, puesto que el testador con sepa-

(1) Ley 1. tit. 18, lib. 10, N. R.

(2) La misma ley.

(3) Ley 33, tit. 9, p. 6.

ración les designó á cada uno una parte diferente.

6. Si los legatarios fueren conjuntos en la cosa solamente, pasará sin la carga á su colegatario; porque el mero conjunto en la cosa legada no la adquiere del otro por derecho de acrecer, sino por derecho propio, mediante la voluntad y llamamiento del testador; y por el de no decrecer se conserva en él y la retiene despues que el compañero no la quiso.

7. En caso que uno de los legatarios conjuntos vendiese ó enagenase su parte y el legatario repudiase la suya, acrecerá y pasará la que éste repudió al comprador ó particular sucesor, y no al legatario conjunto; porque en este caso ningun derecho directo queda en éste, ni militan las razones inductivas del de acrecer. Acerca del derecho de acrecer entre los usufructuarios, téngase presente lo que se dice en el título siguiente.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre el título de legados.

Por legado se entiende comunmente una liberalidad que ejerce un testador á favor de alguno en cosa cierta y determinada de la herencia; distinguiéndose por lo mismo el heredero y legatario en que aquel es un representante y sucesor del testador difunto en todos sus derechos y obligaciones, al contrario que el legatario que no tiene tal concepto. No obstante, esta distincion en mi entender es poco fundada, pues aun cuando quiera decirse que el heredero es el representante del testador y se repute la misma persona que él, no por eso habrá entre la herencia y el legado mas diferencia que la que hay de lo mas á lo menos, es decir, que si aquella consiste v. g. en el valor de cien mil pesos, éste consista en mil; porque en lo demás, tanto el heredero como el legatario deberán cumplir las obligaciones del difunto en proporcion de los bienes que les dejare. Sea pues que se denomine herencia ó legado, todo es una liberalidad testamentaria, sin otra diferencia que la de hacerse aque-

lla en mayor cantidad que éste; pero que no por eso pueda hacer variar la naturaleza de ambos. Por consiguiente, es inútil tratar de ellos separadamente siendo en realidad una misma cosa, y esta razon me escusará de comentar uno por uno los artículos del capítulo de legados, mediante á que incluyéndose en él varias disposiciones de que se ha hablado, seria hacer una repeticion el examinarlas de nuevo, por lo que solo recorreré aquellos cuya doctrina no se ha discutido.

Atendida la naturaleza del testamento, las disposiciones contenidas en él surten su efecto inmediatamente despues de la muerte del testador; por lo mismo, es consiguiente á este principio que el legatario adquiera el legado desde entonces y no antes. Mas supongamos que éste llegue á perecer por casualidad en el tiempo intermedio desde la muerte de aquel y la entrega, ¿quién debe de sobre llevar la pérdida? La consecuencia de aquel principio declara que el mismo legatario, porque ya en efecto era dueño de

él, y su retencion en poder del heredero ; sin duda no es conveniente separar. Por ú otro, no le quitaba en lo mas mínimo este carácter. Y si no, ¿seria justo hacer recaer la responsabilidad en el heredero que no tenga culpa alguna en la destrucción? Sin duda que no, puesto que no es mas que un mero depositario. Pero así como el legatario debe estar á las pérdidas de la cosa legada, debe estarlo tambien á los frutos y productos que die- se la misma desde el espresado momento, y no desde la aceptación que el heredero haga de la herencia, no solo porque la razon y justicia exigen que el que sea responsable de las unas tenga derecho á los otros, sino tambien porque por otros principios los frutos deben ser del dueño de la cosa principal. En lo demás es una máxima muy buena el que no empiece cada legatario á apoderarse por propia autoridad de las cosas legadas; porque así resultaria un desórden del que podrian sucitarse otras malas consecuencias. Así será lo mejor, que cuando no haya ejecutores testamentarios, el agraciado en la mayor porcion distribuya á los demás su parte, y que no aviniéndose á ello, todos amigablemente acudan á la intervencion de la justicia.

Los intérpretes nos presentan una cuestion que en verdad importa mucho aclarar, pues que puede ocurrir con mucha frecuencia; á saber, á quién han de pertenecer las mejoras que haga el testador en la cosa legada en el tiempo intermedio desde la testamentifaccion hasta la muerte; y me parece que la decision que se establece de que sean del legatario es muy fundada. En efecto, es un principio muy repetido en derecho, pero del que no se puede prescindir, que lo accesorio ha de seguir la suerte de lo principal; porque es claro que una vez hecha la agregacion, ya forman un mismo todo, que

sin duda no es conveniente separar. Por consiguiente, siendo los mejoramientos que se hayan hecho en los edificios y tierras unas acciones suyas, seria una cosa irregular decir que aquellos han de ser del legatario y no las otras. El amor que el testador profesaba ácia el legatario, que es á lo que debe mirarse en las dudas acerca de las cuestiones testamentarias, parece deben inclinar tambien al legislador á adoptar esta medida; porque á no querer gratificar mas que en lo mismo señalado en testamento, no ejecutaria sin duda estas mejoras, ó de lo contrario parece que haria una declaracion sobre ellas. Su intencion pues de que el legatario las goce, es mas manifiesta ácia éste que ácia otro cualquiera, y justo es que las disfrute. Además, los inconvenientes que en general resultan de la comunidad de bienes, aconsejan esta medida, y sin duda que las leyes no deben poner en duda propender á establecerla. Por otra parte, ¿qué de penas de esperanza fallida no habian de resultar al legatario de la privacion de estos mejoramientos, mayores indudablemente que placeres al heredero de la inesperada adquisicion de ellos!

Las reglas que se establecen respecto de los legados que se dejan sin especificar la misma cosa individual que se lega, v. g., un caballo, y los en que se da derecho de eleccion entre dos ó mas, me parecen en general buenas, y su insercion en un código será tambien conveniente para evitar toda duda. No obstante, observaré que por mi parte no hallo sea preciso establecer diferencia entre los legados llamados de género y de eleccion. Es claro que semejante principio puede causar las cuestiones que la ley trataba de evitar; porque entre las muchas cosas del género legado por el testador,

v. g., entre muchos caballos, el legatario puede elegir como mediano uno muy bueno y no consentir en esta eleccion el heredero, motivo muy próximo sin duda para una disputa. ¿No es tambien manifestar la ley cierto aire de mezquindad en decir que se puede escoger lo mediano y no lo mejor? A la verdad que valiera mas ó bien el dejarle una eleccion completa, ó bien el quitársela enteramente. Yo no sé tampoco por qué ha de poner la ley doctrina distinta respecto de estas dos clases de legados. Me parece que la última determinacion, es decir, dejar el derecho de elegir al heredero, seria en realidad la mas razonable; porque no hay duda que la eleccion es un segundo derecho además del de recoger el legado, y parece que mientras el testador no le conceda espresamente al legatario, privando de él al heredero, debe quedar en éste ya que se dice ser el representante universal del difunto, por cuya razon se presume haberle dejado todos los derechos que no le quitó espresamente.

Las disposiciones de las partidas, tomadas de las de los romanos, establecen por principio que el testador puede legar una cosa ajena en el caso de que sepa que lo es, con el efecto de que el heredero esté obligado á comprarla, ó que en caso de que no lo pudiese hacer, tenga que pagar su estimacion. Se vé que esto es debido á la veneracion con que aquellos miraban á todas las cláusulas testamentarias por mas ridículas que fuesen; mas aunque sea cierto que no se causa al propietario perjuicio alguno con semejante autorizacion, pues que si no quiere no venderá la cosa, ya á lo menos en el dia tales disposiciones son rarísimas, ó mas bien indicarian ser efecto de una demencia. ¿Y se querrá autorizarlas con una declaracion especial? De todos mo-

dos es impropio decir que se puede legar una cosa ajena, aun con el efecto esplendido; porque es claro que lo que se lega verdaderamente es un valor propio, y no en realidad la misma cosa ajena. Además ¿no es esta disposicion un origen casi cierto de pleitos, pues que el heredero pretenderá que el testador creia que la cosa era suya, y el legatario sostendrá lo contrario? Yo creeré pues, que debe presumirse que el testador que hace semejante disposicion estravagante, ó bien piensa que la cosa es propia de él, ó de lo contrario no está en su cabal juicio. En ambos casos debe anularse el legado, segun lo que queda dicho.

No es así respecto de la cosa que el testador tiene dada en prenda á otro. En ella es todavía propietario, y puede disponer de la misma luego que pague la deuda al acreedor que la retiene; por consiguiente, el legado que haga de ésta puede perfectamente subentenderse como un gravámen de liberacion impuesto al heredero, quien debe pagar la deuda y entregarla libre y franca al legatario. Sin embargo, yo no sabré comprender por qué se haya de hacer distincion del caso en que la cosa estuviese prendada por mas ó menos de su valor, porque á la verdad no se favorece con ello al heredero, como parece querer hacerse, pues su obligacion de satisfacer las deudas del difunto es indudable, sea que éste entregase ó no alguna cosa en prenda para asegurar su pago. Por consiguiente, aunque ésta valga menos que la deuda, siempre será perseguido por el monto de aquella y nada adelantará con no hacer su liberacion. Sobre todo, es inútil por la cláusula que se añade de que aun en el caso de que la prenda valga mas que la deuda, tendrá que hacer su redencion siempre que el testador supiese que la

cosa que legaba estaba prendada; porque ¿podemos suponer que aquel que tiene dada una cosa en prenda ignore que la tiene dada así? Yo no puedo creer semejante ignorancia en un hombre de cabal juicio.

REDUCCION DE LEGADOS.

¿Y qué dirémos de esta facultad de retener la cuarta parte de la herencia que se concede al heredero extraño cuando por distribuirla el testador en legados no la cubren los bienes que ha dejado? Este derecho fué introducido en la legislacion romana por la ley falcidia con el fin de evitar las intestaciones, y por consiguiénte la infamia que preocupadamente resultaba ácia la memoria del difunto; porque distribuyendo éste toda la herencia en legados, no tenia el heredero instituido provecho ninguno en ella, la cual por lo mismo repudiaba. Pero ya, á lo menos entre nosotros, tales preocupaciones no existen, pues que la opinion pública no deshonra á los intestados; por lo que ni la institucion de heredero, ni la acepta-

cion de la herencia por éste son necesarias para la validez de un testamento.

Por otra parte ¿cuándo podrá ocurrir que un testador nombre á uno por su heredero y al mismo tiempo deje todos sus bienes á otros? Para suponer esto era preciso decir que se chanceaba. Mas supongamos que tuviese lugar alguna vez ¿qué ventaja resulta de que el llamado heredero tenga la cuarta parte de la herencia quitándola á los legatarios? De contado por un lado no hay en general aumento de riqueza, pues poco importa que sea uno ú otro el que goce los bienes; por otro se deja de cumplir la voluntad del testador lo que no debe hacerse si no es cuando de ella resultan algunos inconvenientes superiores: variarla, pues, seria sobre arbitrario perjudicial, porque nadie sabe mejor que él porque lo hace, y por lo mismo es de suponer siempre que la distribucion que ha practicado está bien ordenada. Por consiguiénte opino que todas estas disposiciones relativas á la reduccion de legados, ó como entienden los juristas á la ley falcidia, son inaplicables ya á nuestra legislacion.



TITULO 11.º

Del usufructo en las herencias y legados.

CAPITULO ÚNICO.

1. Razon de tratar aquí esta materia.
2. El usufructo en las herencias y legados es de la misma naturaleza que el general.
3. ¿Puede el testador dispensar la fianza?
4. Puede dejar á uno ó á muchos el usufructo.
5. Puede legar á uno la propiedad, y á otro el usufructo.
6. Pertenecen al usufructuario los frutos existentes.
7. Tambien hace suyos los frutos recogidos.
8. Cuando se lega el usufructo de una finca, se entiende que tambien se lega el de los instrumentos para su labor

9. Si el testador tiene hijos solo podrá dejar en usufructo el quinto de sus bienes.
10. ¿En el usufructo de todos los bienes se comprenden los venales?
11. Caso de que los cónyuges se instituyen mutuamente por usufructuarios, nombrando á otro por heredero.
12. El usufructuario universal debe satisfacer las deudas y legados.
13. En el usufructo tambien tiene lugar el derecho de acrecer.
14. Hay derecho de acrecer aun en el caso de que el conjunto repudiase su parte despues de aceptada.
15. Casos en que no tiene lugar este derecho.

1. Aun cuando á primera vista parece que esta materia deberia haberse tratado en el título en que se espone la doctrina del usufructo en general, hemos creído sin embargo que tratándose de las disposiciones testamentarias, el buen método exigia que hablásemos tambien del usufructo en las herencias y legados, para que de este modo se encontrase reunida toda la materia concernientes á últimas voluntades.

2. El usufructo en las herencias ó legados es de la misma naturaleza que el usufructo en general, y consiste precisamente en dos cualidades características de que ya se habló en su lugar, *usar y gozar*: mas el modo de constituirse es distinto que el del usufructo por contrato entre vivos; pues participa de la naturaleza de las últimas voluntades: cualidad que es como un principio ó axioma de donde naturalmente se derivan todas aquellas especiales disposiciones, ó advertencias que acerca de él se encuentran establecidas. Esto basta para percibir la diferencia que hay entre semejante usufructo y el legado ánnuo que conocieron los romanos, y acerca del cual nada dicen nuestras leyes; y consiste en que el primero se constituye regularmente por toda la vida, y el segundo por cierto número de años; en éste se transmiten á los herederos del legatario los frutos pendientes á su muerte; y en aquel no,

por ser personal y extinguirse con su persona.

3. Dijimos cuando se trató del usufructo en general, que para que el usufructuario pudiese gozar de los bienes dados en usufructo debia dar fianza, caucion ó seguridad de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon. ¿Mas podrá el testador dispensar á aquel de la prestacion de la fianza? Los que repugnan esta facultad dicen que por ella se daria lugar al dolo y disipacion de los bienes, se eludiria el fin del testador que es el que estos bienes se conserven íntegramente para otro, y seria tanto como si al usufructuario se le concediese tácita facultad para disponer de los bienes á su arbitrio; sin embargo, puede decirse muy bien con el reformador de Febrero que cuando el testador le remite la fianza, da á entender que confia hará el debido uso de su derecho, y que no pone reparo en que disfrute de los bienes como dueño; dejando á otro la propiedad para el caso que el usufructuario conservase aquellos bienes en su poder hasta su muerte por profesar mas afecto á éste que aquel. Es muy cierto que en semejante caso deben tenerse en cuenta la voluntad é intenciones del testador como regla que debe servir en ellos de pauta, no repugnando realmente á la naturaleza de los mismos. Por lo demás parece lo mas regular que la doctrina se observe en el usufructo de

herencias y legados que en el que se establece por contrato, en la cual opinan los autores que se puede remitir.

4. Puede el testador dejar á uno solo ó á muchos el usufructo de sus bienes, y designarles la parte que queria, porque es divisible y parcialmente disputable; de modo que no hay inconveniente en dividirlo ó arrendarlo, y repartirse el producto del arrendamiento. Si lo legase á muchos alternativamente por años, será preferido el primero que nombró, y deberá gozarlo antes que el segundo, y así los demas por su órden, y si alguno falleciere antes de entrar en el goce del usufructo, no tendrán derecho á él sus herederos; porque no lo adquirió el difunto por su muerte anticipada.

5. Si el testador legase simplemente ó sin condicion una finca á una persona, y su usufructo á otra, la primera no solo llevará la propiedad íntegra, sino tambien la mitad del usufructo. La razon es, porque en el nombre general de finca se comprende tanto la propiedad como el usufructo, y de consiguiente parece que debe tener derecho á estas dos cosas que forman el todo de la finca; pero la circunstancia de haber el testador legado tambien á otro el usufructo, hace que se consideren como conjuntos en la cosa, y que entren ambos al goce del mismo. Mas si el testador en lugar de usar del nombre general de finca, hubiera dicho que legaba al uno la *propiedad de ella* y el usufructo al otro, es indudable que entonces aquel tendria derecho únicamente á la propiedad, que fué lo único que quiso legarle el testador, separándola del usufructo para dejarlo á otro sin ninguna comunión con él.

6. Cuando deja el testador el usufructo de todos sus bienes, se comprende en el legado no solo los mismos bie-

nes muebles y raices, sino los frutos cogidos y separados del suelo, y las rentas ó pensiones que de ellos dejó vencidas; porque todos son herencias del difunto: y así deberán tocar al usufructuario, y los obtendrá otorgando la respectiva fianza, y si las tierras estuviesen sembradas ó beneficiadas y no apareciesen los frutos, se habrán de apreciar las labores y semillas, y de su importe constituirlo, pues éstas no son frutos. Lo cual se entiende, si son propias del testador las fincas sembradas; pues siendo arrendadas, deberá pagar el arrendamiento del fruto, como hipotecado tácitamente á su responsabilidad.

7. Pero si al tiempo de su muerte estuvieren mostrados y pendientes en las posesiones ó árboles, los deberá recibir para sí, sin obligacion de afianzar ni de restituirlos; porque se contemplan una misma cosa é incremento de ellos á causa de ser inseparable, y no cosa distinta ni separada atendido al estado actual de las fincas, y no en otro concepto. Esto procede no mandando el testador lo contrario, ó no disponiendo de ellos en otra forma; porque entonces debe observarse su voluntad.

8. Si se legare el usufructo de un fundo ó de una finca, se entiende que se le lega tambien el de los instrumentos y aperos necesarios que se tenian destinados para labrarla, vr. gr. nulas ó bueyes, arados &c. Y lo mismo sucederá si habia trigo separado y destinado para sembrar en ella; pues todo se entiende comprendido en el legado del usufructo, bajo la obligacion de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza. Sin embargo, cuando ocurra algun caso de esta naturaleza deberá observarse atentamente la disposicion testamentaria; pues pudiera suceder que fuera otra la voluntad del testador.

9. Cuando éste instituye por herederos de todos sus bienes á sus hijos, y por usufructuaria de ellos á su muger ó á otro extraño, valdrá el legado del usufructo en la quinta parte del de sus bienes, que es de lo que puede disponer libremente sin perjuicio de la propiedad que corresponde á aquellos como legítima, la cual no puede gravarse, como tampoco el usufructo de la misma; procediendo lo propio en cuanto al tercio con respecto á los ascendientes legítimos. Algunos opinan que este legado será válido en el caso propuesto con tal que su valor ó estimacion no exceda del quinto de la hacienda del testador, y se fundan en que puede dar su importe al legatario en dinero ó en los mismos bienes, y á los herederos de su legítima en propiedad y usufructo, haciendo la regulacion.

10. Ocurre la duda de si legándose generalmente los bienes de la herencia, se han de comprender tambien los bienes venales ó mercaderías destinadas para vender. Algunos autores afirman que cuando el testador dice que lega el usufructo de todos sus bienes sin limitacion alguna se comprenden todos, aunque sean venales, y que no se comprenderán éstos, si omitiese la palabra todos. Pero aunque omita esta palabra, y diga solamente lego el usufructo de mis bienes muebles, creemos que deben entenderse todos, sin excepcion, ó todos los de la clase que especifica; porque la palabra ó proposicion indefinida equivale á la universal.

11. Si el marido y la muger hubiesen otorgado de conformidad su testamento, instituyéndose recíprocamente por usufructuarios, pero nombrando por heredero á otra persona para despues de sus dias, y muerto el uno revocare el que sobreviviere su testamento, como

puede hacerlo, deberá restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia del difunto; y la razon es, porque en los contratos en que ha lugar al arrepentimiento no debe percibir lucro el que se arrepiente; siendo creible que el difunto no tuviese intencion de dejar al sobreviviente el usufructo de sus bienes, porque instituyó por heredero al otro; y habiendo cesado la causa debe tener lugar la repeticion de frutos por éste; y así sus herederos deberán satisfacerlos.

12. Como el usufructo ha de consistir en los bienes propios del testador, dádase si el usufructuario universal debe ó no satisfacer las deudas de éste y los legados que haya. Desde luego aparece que si el usufructo fué constituido por contrato en sanidad, no está obligado á satisfacerlas, ni sobre su pago puede ser reconvenido; porque la accion y la obligacion personales no siguen al particular sucesor y deudor. Mas si lo hubiere sido en última voluntad, estará obligado el usufructuario á pagarlas de los bienes de la herencia, ya estén ó no hipotecados á su pago y á costear el entierro y funeral del testador; pues como se ha dicho el usufructo debe consistir en los bienes propios de éste, y no pueden llamarse tales sino el residuo líquido y resta deducido lo ageno, de lo que únicamente se entiende usufructuario. De lo dicho se infiere, que esta doctrina no tiene lugar cuando se lega este derecho respecto á alguna cosa, ó alguna parte de la herencia.

13. Tambien en el usufructo tiene lugar el derecho de acrecer, con la diferencia y ampliacion de que aunque la propiedad no existe entre los conjuntos con conjuncion legal, en el usufructo es al contrario, pues lo tiene el usufructuario como derecho personal inherente á

la persona la cual se atiende siempre; y mientras vive, dura el derecho y causa de su adquisicion.

14. Sin embargo de que en la propiedad cuando uno de los conjuntos percibió su parte, no acrece á otro si despues la repudia, no se verifica lo mismo en el usufructo. Así dejando el testador á dos ó mas por usufructuarios, si todos aceptasen sus partes, y despues de aceptadas repudiase uno de ellos la suya ó muriese, ó faltare por otro motivo; acrece su porcion al otro, y no se consolida con la propiedad hasta que todos fallesen, y se acaba el usufructo.

15. Si el marido y la muger hicieren donacion á alguno de todos sus bienes, reservándose su usufructo, y muriese uno de los donantes antes que el donatario, ¿tocará al que sobrevive el usufructo de ellos por derecho de acrecer, ó solamente la mitad? No ha lugar á este dere-

cho en el caso propuesto; y por consiguiente percibirá el donatario íntegramente el de todos sus bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, y el sobreviviente nada mas que el de los suyos privativos; porque el difunto ninguna parte le dejó en el usufructo de los que le pertenecian; pero si le hubiese dejado, se observará su voluntad. Tampoco tendrá lugar el derecho de acrecer en el usufructo, cuando se legaren á dos personas los frutos de un fundo por via de alimentos; pues seria dárselos á una de ellas en doble cantidad contra la mente del testador: ó cuando se legase el usufructo á dos ó mas alternativamente ó por años, por estar ya en cierto modo divididos los derechos de los usufructuarios; ó tambien cuando están unidos solamente por las palabras, pues han de estarlo por la cosa, ó por uno y por otro.

TITULO 12.º

De los codicilos.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. Fué muy útil su introduccion en Roma.
2. ¿Qué es codicilo y quién puede hacerlo?
3. Puede ser abierto ó cerrado.
4. Cosas que no pueden hacerse en codicilo.
5. Cosas que pueden hacerse.
6. Cláusula codicilar.
7. ¿Cuándo se entiende puesta aunque se omita?
- 8 y 9. Efectos que produce.
10. Puede uno morir con varios codicilos.
11. ¿Cómo pueden revocarse?

1. La introduccion de los codicilos fué de suma utilidad, y aun puede decirse que indispensable en una legislacion como la del pueblo romano. Establecido el principio de que cada ciudadano solo podia dejar un testamento, y que una vez celebrado no podia añadir ninguna nueva disposicion por pequeña que fuese, se veian en la necesidad de variarlo á cada paso, lo que ofrecia muchos inconvenientes, porque aquellos se hacian con todas las solemnidades de una ley. Los codici-

los, pues, vinieron á suministrar el medio de llevar á efecto estas disposiciones accesorias con menos formalidades, sin que fuese necesario anular el testamento. Mas entre nosotros no presta sin duda gran utilidad porque puede uno, si quiere, dejar dos ó mas testamentos y puede morir testado ó intestado en parte.

2. Codicilo es una manifestacion menos solemne de la última voluntad efectuada en escritura breve antes ó despues del testamento (1). Decimos menos solemne, porque en el codicilo no puede haber institucion de heredero. Cualquiera que tiene capacidad legal para testar, puede hacer codicilo.

3. El codicilo lo mismo que el testamento puede ser abierto ó cerrado, y en su otorgamiento debe intervenir la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto (2). Dúdase si esta disposicion legal debe entenderse con respecto á los codicilos abiertos, ó si ha de ampliarse tambien á los cerrados; puesto que la ley no distingue y trata de su solemnidad á continuacion de la que prescribe para los testamentos cerrados. En mi concepto puede sostenerse muy bien la validez de un codicilo cerrado, hecho con las solemnidades que se requieren en el testamento nuncupativo, fundándose para ello en las palabras de dicha ley; pero como en materia de últimas voluntades conviene siempre proceder con la mayor cautela, será muy prudente que el escribano haga que se otorgue el codicilo cerrado ante cinco testigos que son los que exigen las leyes de Partida (3), los cuales deben firmar con el escribano encima del cuaderno como

en el testamento cerrado, y no pudiendo ser habidos dichos testigos, lo espresará así en el otorgamiento.

4. No puede el testador nombrar directamente heredero en el codicilo, ni quitar en él la herencia al que instituyó en el testamento, ni imponer condicion al que fué nombrado en éste sin ella, á menos que diga que el heredero perciba la herencia con las condiciones y en la forma que espresará en el codicilo y no de otra suerte; en cuyo caso valdrá la condicion, porque solo declara en el codicilo la que es, mas no se la impone en éste. Tampoco puede desheredar á sus herederos forzosos en el codicilo, aunque si manifestar el delito que estos cometieron contra él; y si fuere de los que merecen la pena de la desheredacion, pudiéndose probar, perderán la herencia. Así mismo no es permitido hacer sustitucion directa en codicilo; porque esta es una segunda institucion, y en suma no se puede hacer en él alteracion alguna esencial del testamento.

5. No obstante lo dicho en el número anterior se puede en el codicilo nombrar indirectamente heredero universal, que es por fideicomiso, rogando ó mandando al instituido en el testamento que entregue la herencia al que designa en el codicilo ó en testamento imperfecto con la cláusula codicilar, de que se hablará despues, se convierte en fideicomisaria. Igualmente se puede declarar y especificar en el codicilo el nombre del que uno quiere sea su heredero, y señalar en él al nombrado en el testamento la parte de herencia que ha de percibir y en qué bienes, si éste espresó que lo declararia, y se la designaria en aquél, y no de otro modo, en cuyo caso llevará lo que le designe: si nada le señala heredará todos sus bienes; pero si los herederos institui-

(1) Ley 1, tit. 12, part. 6.

(2) Ley 1, tit. 12, part. 6; y 2, tit. 18, lib. 10, N. R.

(3) Leyes 1, 2 y 3, tit. 12, p. 6.

dos en testamento fueren dos ó mas, par- tirán igualmente la herencia. También puede el testador nombrar en un codicilo tutor á sus hijos; pero deberá ser confir- mado por el juez, lo cual no se necesita cuando es nombrado en testamento.

6. Como los intérpretes han atribuido tantos efectos á la cláusula codicilar, ha- rémos sobre ella algunas ligeras indica- ciones. Dicha cláusula es de dos mane- ras, espresa y tácita: La espresa se es- tiende de este modo: „*Si este testamento no pudiese valer como tal por falta de alguna solemnidad, valga como codi- cilo.*” Tácita es aquella en que se dice: „*Si este testamento no valiese como tal, valga del mejor modo que pueda valer, ó que por derecho haya lugar.*”

7. Se entiende puesta la cláusula co- dicilar en tres casos, aunque se omita: 1.º Cuando el testamento contiene la tácita referida: 2.º Cuando el testador espresa bajo de juramento, que quiere se observe cuanto ordena en su disposi- cion, ó manda á su heredero que jure cumplirlo: 3.º Cuando testa á favor de hijos y descendientes legítimos.

8. La cláusula codicilar suple ade- más muchos defectos en los testamentos; pues aunque éstos por derecho sean nu- los, valdrán si la contienen como codi- cilos; y así convendrá ponerla igual- mente que esta otra, de que el testamen- to hecho antes valga en todo lo que no fuere contrario á lo dispuesto en codici- lo; y de esta suerte serán válidos uno y otro en lo que no se opongán.

9. La cláusula codicilar produce, se- gun la doctrina de Febrero, los efectos siguientes: 1.º Que si el testamento es- crito careciere de la solemnidad prescri- ta por las leyes, y no de los codicilos, valdrán todos los legados: 2.º Que si el testador por no tener heredero forzoso

instituye á un estraño en testamento cer- rado, y éste no consta de la solemnidad de testigos que requiere, pero sí de la de los codicilos y de la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fi- deicomiso universal: 3.º Que si el pa- dre ú otro ascendiente no instituye á sa- biendas ó deshereda injustamente á al- gun descendiente legítimo, é instituye á un estraño, por cuya razon se anula el testamento, se convierte la institucion del estraño en fideicomiso; es decir, que el descendiente desheredado ó no insti- tuido, tiene que restituir al estraño nom- brado el remanente del quinto, y si fue- re ascendiente el tercio: 4.º Que si el padre testando á favor de hijos ó des- cendientes legítimos nombra á uno ó mas de ellos por sus universales herederos, no instituyendo ó injustamente deshere- dando á los restantes, ó señalándoles menores partes que les corresponden por sus legítimas; los nombrados por here- deros universales se entenderán mejo- rados en el tercio y remanente del quin- to y los preteridos ó desheredados injus- tamente solo percibirán su legítima in- tegra; bien que si los preteridos nacen despues de la muerte del testador podrá ofrecerse dificultad en cuanto á ser gra- vados en el tercio, considerando que si hubiesen vivido al hacerse el testamen- to tal vez el padre no lo habria omiti- do ni gravado en dicho tercio. Para ob- viar este inconveniente convendrá com- prenderlos en el testamento con la si- guiente cláusula: „*nombro por mi here- dero á N, P. mis dos hijos legítimos, y á los demás descendientes de legítimo matrimonio, que por su orden y grado deben heredarme con arreglo á dere- cho.*” 5.º Que si alguno hace codicilo con la solemnidad debida y con institu- cion directa de heredero, será válido

conteniendo la cláusula codicilar: por consiguiente los herederos abintestato, siendo descendientes percibirán toda la herencia menos el quinto; si fueren ascendientes, las dos terceras partes de ella; y siendo parientes, la restituirán al nombrado en el codicilo reteniendo la cuarta trebeliánica, pues se reputa por fideicomiso; lo que no sucederá si el codicilo carece de la citada cláusula: 6.º Que si el padre sustituye pupilarmente á su hijo ó hija en codicilo, pasará la herencia del pupilo á los parientes que deben heredarles abintestato, pero éstos tendrán que restituirla al sustituto, reteniendo para sí la cuarta trebeliánica, y entonces se tendrá el sustituto por heredero fideicomisario del pupilo, y se considerará como si hubiese sido instituido por éste en edad adulta. Pero esto deberá entenderse respecto de los parientes transversales que hayan de heredar al pupilo abintestato; pues siendo ascendientes, como les corresponde la herencia en calidad de herederos forzosos, no tendrán que restituir al sustituto más que el tercio con arreglo á lo que manifestamos tratando de la preferencia que debia darse á la madre respecto del sustituto pupilar. Tales la doctrina de Febrero y de otros varios autores; mi opinion es sin embargo que éstos se fundan en el derecho romano mas bien que en nuestras leyes, y que si en

algun caso produce buen resultado, no es por virtud especial de dicha cláusula, sino por deducción natural y racional de nuestro derecho.

10. Puede uno morir con dos ó mas codicilos (1), lo mismo que con dos testamentos siempre que puedan coexistir, es decir, que aquellos no se destruyan mutuamente; pues si así fuere, el posterior anula al anterior, á no ser que por aquel se salven las mandas particulares de éste; pero si la institucion en ambos fuese de una parte de la herencia, de modo que no se contradigan, como si en uno se nombrase heredero de la mitad de los bienes, y en otro de la otra mitad; valdrán en este caso. Tampoco se entiende que se amulan en el todo dos ó mas codicilos, porque respecto á algunas cosas se contradigan, pues se entenderá que el posterior deroga al anterior en lo que se contradice, y no en cuanto á lo demás. Ni un codicilo se entiende revocado porque despues se haga testamento con institucion de heredero y no se haga mencion de él, si no está en repugnancia con sus disposiciones, ó no se expresa su revocacion.

11. Se puede revocar el codicilo como el testamento interviniendo en su revocacion la misma solemnidad que en su otorgamiento ó formacion, como sucede tambien en la donacion por causa de muerte y en otras últimas voluntades.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

Sobre la materia de los codicilos.

Una vez reconocida la conveniencia de que intervengan en los testamentos las solemnidades de que se ha hablado, á fin de evitar los fraudes y otros incon-

venientes que son tan de temer en ellos, me parece una contradiccion manifiesta

(1) Ley 3, tit. 12, p. 6.

el tratar de remitirlas á título de codicilo ó otro cualquiera, y en oposicion abierta con el principio de utilidad. Es claro que desde que convengamos en que aquellas son indispensables, ó á lo menos se reputan tales, no podremos menos de confesar que sin ellas los fraudes y demás inconvenientes son mas posibles ó probables; y por lo mismo espornernos á ellos es un mal.

Pero se me dirá tal vez qué podrá suceder muy bien en algunos casos que el testador se halle en tal estado, que no pueda dar lugar á todas las formalidades requeridas para un testamento solemne, y que por tanto negado el derecho de hacer codicilo moriria *ab-intestato*. Esta reflexion es si se quiere justa en sí; mas es menester tener presente siempre en legislacion que en todas las disposiciones deben examinarse en general los bienes y males que resultan de ellas, abrazar las que producen mayor suma de los primeros, y desecharlas en caso contrario. Eso es lo que resultaria negando el derecho de hacer codicilos; sin duda que muchas veces morirá uno intestado por falta de él, pero este es un mal menor comparado con los desórdenes que resultarian de adoptarlo. Como se vé, hablo en general de los codicilos, porque respecto de las formalidades exigidas, ellas no me parecen tales que pueda abusar del derecho de testar; pues para los que sean abiertos se requiere la misma solemnidad que respecto de los testamentos, y solamente hay alguna indulgencia en cuanto á los cerrados.

No obstante la doctrina que he dado precedentemente, razones particulares pueden aconsejar la remision ó aumento de algunas de las solemnidades esplicadas, no á la verdad por causa de las mismas personas, sino por la utilidad

pública que de ello puede sobrevenir. Así, en todas las naciones se han perdonado á los militares las mas de las formalidades exigidas á las demás clases de la sociedad, ya como un privilegio de la milicia, ya por la consideracion de que muchas veces se vén en la imposibilidad de llenarlas completamente. En unas se ha limitado este derecho al tiempo en que se hallen en campaña frente del enemigo; en otras se ha concedido aun á los que estén en sus cuarteles; y finalmente en otras aun á todos los que gozan del fuero militar por mas que estén retirados. Por mi parte aprobaré el que se perdonen á los militares las formalidades de que antes he hablado, excepto sin embargo el que haya de constar su voluntad á lo menos ante tres testigos, ó aun tal vez seria bueno que se otorgase ante un gefe superior y dos testigos, pero de todos modos no veo razon alguna para dar esta latitud mientras se hallen en sus cuarteles en tiempo de paz, y mucho menos el que se estienda ella á los que no se hallen en activo servicio por mas que gocen del fuero militar.

Digo en primer lugar que conviene que el militar otorgue el testamento ante su gefe superior y dos testigos, ó de lo contrario ante solos tres testigos; porque si reflexionamos bien nadie podrá tener á mano mayor número de ellos que el que se halla con su regimiento, batallon ó compañía; por consiguiente pudiendo haber copia de gente seria imprudencia exigir menos. No hay tampoco motivo para que las leyes hagan esta diferencia respecto de paisanos y militares que se hallen de guarnicion en tiempo de paz; porque la razon superior de todas, la utilidad pública, exige que no se remitan las solemnidades á no ser en los casos absolutamente indispensables. El mili-

tar, pues, en guarnicion puede perfectamente llenarlas todas sin perjuicio de sus obligaciones, y por lo mismo no debe haber respecto de él variacion alguna del paisano. De aquí se conocerá el juicio que formo respecto de la indulgencia demasiado estendida de las formalidades ordinarias, puesto que apenas se exigen algunas, y me parecen poco conforme á la utilidad pública.

En cuanto al testamento del ciego una razon contraria puede aconsejar sin duda el que intervenga en él una mayor solemnidad que en los testamentos comunes, á saber; el mayor peligro que hay de que se cometan fraudes en su otorgamiento á causa de su situacion fatal que le imposibilita para todo: por lo mismo no me opondré á la disposicion que requiere un escribano y cinco testigos. Que esta declaracion del ciego haya de hacerse en forma nuncupativa y no *in scriptis* se deduce de la esencia del mismo acto, que consiste en que el testador la escriba de su puño, ó á lo menos la firme; lo cual seguramente no puede verificar el que sea privado de vista. Así la ley de Toro, que arregló esta materia, habló con exactitud cuando dijo que los ciegos no podian hacer testamento cerrado.

Poco tengo que advertir en cuanto á los testamentos que se otorgan en una nacion estrangera. Sin duda que el que pisa un territorio estrangero, debe conformarse en todos los actos externos á las leyes de aquel pais, y observarlas

exactamente como si fuera individuo del mismo: lo contrario seria desconocerlas y violarlas, y esto puede tener lugar no solo por una desobediencia abierta de ellas, sino tambien por no seguir literalmente sus disposiciones. ¿Cómo un gobierno habia de reconocer por válidos y ejecutar actos celebrados sin las solemnidades ordenadas por sus propias leyes? Por lo mismo parece necesario obligar al estrangero á observar las del pais que habita, si el tal testamento ha de cumplirse allí, porque si lo envia á su patria para que se ejecute en ésta, ya entonces parece que debe considerarse como hecho en ella, y por consiguiente es natural que en tal caso cumpla las formalidades requeridas por las leyes de aquella. En lo demás en cuanto á las mismas disposiciones testamentarias, creo tambien muy conforme al derecho público o el que el estrangero testador se conforme á las leyes de su propio pais; porque aun cuando uno resida en el extranjero, siempre que sea sin adquirir domicilio, permanece siempre súbdito de su nacion, cuyas leyes por lo tanto no puede menos de cumplir. Por otra parte, el testamento general deberá ponerse en ejecucion en ella, puesto que regularmente los bienes se hallarán tambien allí, y además no estableciéndose de esa manera, podrian eludirse las leyes nacionales pasando á otorgar los testamentos á otro pais, siempre que las de éste le favoreciesen mejor para las disposiciones que intenta hacer.

TITULO 13.º

De las solemnidades para la apertura de testamentos, y prevenciones á los escribanos.

CAPÍTULO I.

DE LAS DILIGENCIAS QUE DEBEN PRACTICARSE PARA LA APERTURA DE TESTAMENTOS Y CODICILLOS CERRADOS, Y PARA REDUCIR A INSTRUMENTO PUBLICO LOS ABIERTOS.

1. Término en que debe presentarse el testamento.
2. Puede pedir por sí el interesado que se abra y publique.
3. Debe preceder el exámen de los testigos y reconocimiento de sus firmas.
4. Caso de que no puedan ser habidos dichos testigos.
5. Caso de haber fallecido los mismos ó ignorarse su paradero.
6. Debe darse traslado íntegro á los herederos del testamento.
7. Caso en que no debe darse.
8. No puede celebrarse pacto ni contrato antes de la publicacion del testamento.
9. Diligencias para llevar á efecto el testamento nuncupativo.
10. Caso de que el testamento estuviese dispuesto en cédula ó esuela simplemente sin concurrencia del escribano.

1. El que tuviere en su poder el testamento ó codicilo cerrado de alguna persona que hubiere fallecido, debe presentarlo á la justicia ordinaria del pueblo en que aquella hubiese muerto (1), dentro del mes siguiente al dia del fallecimiento del testador (2); y si así no lo hiciere, perderá la manda que le hubiese sido hecha, empleándose ésta en sufragios por el alma del testador; y cuando no lo verifica, debe tambien pagar al interesado el daño que se le cause, y además dos mil maravedís á la cámara del rey (3), entendiéndose que no se exime de este cargo el clérigo á pretexto de ser lego el juez, segun aparece por la ley 6, título 18, lib. 10, Novísima Recopilacion.

2. El que tiene interés en el testamento ó codicilo, ú otro en su nombre con especial poder, puede pedir su apertura, espresando haber fallecido el testador bajo aquella disposicion, y jurando no pedirlo con malicia, sino por presumir que es interesado, ó que lo es aquel á quien representa (1). Este pedimento debe presentarse al juez ordinario secular, quien existiendo el testamento en el mismo lugar, hará que se lo presenten para abrirlo, y si está en otro, fijará término al sugeto que lo tenga para que lo presente (2).

3. Antes de proceder á la apertura del testamento ó codicilo, debe el juez proveer auto, mandando comparecer á su presencia á los testigos instrumentales,

(1) Leyes 1 y 2, tit. 2, p. 6.

(2) Ley 5, tit. 18, lib. 10, N. R.

(3) Dicha ley 5.

(1) Ley 2, tit. 2, p. 6.

(2) Dicha ley 2.

los cuales, bajo de juramento que les ha de recibir por sí mismo (pues la ley no le permite cometer su exámen al escribano ni á otra persona), reconocerán sus firmas y la del testador, ó del que por éste ó por alguno de ellos firmó, é igualmente el testamento ó cuaderno que se le manifieste, y depondrán de su fallecimiento por haberlo oído decir, ó visto el cadáver (1); mas sabiéndolo, pondrá el escribano fé de él, á continuacion del auto, con espresion de haber conocido vivo al testador, y estar al parecer muerto; ó si no lo conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron ser el mismo sujeto; pues sin que por uno de estos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir. Y constando la certeza del otorgamiento, y viendo el juez que el testamento ó cuaderno en nada es sospechoso, ha de abrirlo ante los testigos y el escribano; y despues de leerlo en lo particular por si contuviere alguna cosa que no deba publicarse, lo entregará al escribano para que lo lea y publique delante de todos, haciendo despues se reduzca á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga y estime por testamento y última voluntad del difunto; que se den á los interesados los testimonios y traslados que pidieren de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del escribano ante quien se ha abierto; interponiendo en todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio, en cuanto ha lugar en derecho, pues hasta que se abra no se debe tener ni estimar por escritura pública, ni lo es en realidad, por no haberse publicado su contenido, que ignoran el escribano y testigos, ó al menos éstos (2).

4. Si aconteciere que no pueden ser habidos todos los referidos testigos, bastará que comparezca la mayor parte, y despues el juez debe enviar el testamento á los demás para el mismo efecto, si estuvieren en otro lugar, ó enfermos, ó fueren personas muy condecoradas, y aunque alguno niegue su firma, no ha de dejar por esto de abrirlo (1). Mas en el caso de que no pudiera comparecer ni aun la mayor parte de los testigos, y conociese el juez que de esperarlos y retardar la apertura del testamento ha de resultar perjuicio, debe llamar hombres honrados, abrirlo ante ellos, mandarlo trasladar y leer, y que lo firmen dichas personas, cerrándolo y sellándolo despues; luego que aparezcan los testigos instrumentales, manifestárselos para que lo reconozcan en la forma prevenida. Si practicadas estas diligencias no resultare cosa en contrario, mandará unir las á las otras, y que de todo se dé traslado á los interesados, ó de lo que á cada uno corresponde (2).

5. En caso de haber fallecido todos los testigos, ó de creerse así, ó que se ignore su paradero, deberá hacerse informacion de ello, de la legalidad del escribano ante quien se otorgó el testamento, en caso de haber muerto; de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar y dignas de fé sus deposiciones; y además, se comprobarán sus firmas, ó si alguno las conoce las reconocerá, porque todo esto conduce á la mayor estabilidad del testamento: despues de lo cual el juez lo mandará abrir en la forma espresada, y si quisiere rubricará sus hojas, sin embargo de que no

(1) Ley 3, tit. 2, p. 6.

(2) La misma ley 3.

(1) Dicha ley 3.

(2) Id.

es preciso, previniéndose así en la diligencia de apertura. Si el escribano ante quien se otorgó un testamento vive y está en el lugar, y no se abre ante él, ha de reconocer también su signo y firma, si bien esto no es rigurosamente necesario por no mandarlo las leyes. Igual solemnidad se requiere para la apertura del codicilo.

6. El juez debe dar traslado íntegro del testamento á los herederos del testador; pero á los demás interesados en él tan solo se les ha de dar de lo que les pertenece, con espresion del día, mes y año en que se hizo, para que no pueda cometer falsedad (1). Lo que en la práctica se acostumbra es dar testimonio al interesado únicamente, con insercion literal de la cláusula que le compete, cabeza y pié del testamento, lo cual no puede ocasionar perjuicio, falsedad y fraude.

7. Siempre que el testador prohíba que su testamento ó parte de él se abra hasta el tiempo que prefije, ó que se publique alguna cláusula determinada, ha de observarlo así el juez, y mandar por sí, aunque el testador no lo haya ordenado, que no se dé copia de alguna cosa que contenga, si de darla ha de resultar perjuicio (2).

8. No puede hacerse pacto, concierto ni transaccion antes de la publicacion del testamento cerrado, sobre la herencia ó legados que contiene, si se hace es nula, porque puede haber dolo y ser engañado el interesado en ellos (3); por lo que, aun cuando uno afirme con juramento que el testador le legó cierta cosa, demande al heredero para su entrega, y en virtud del juramento se la diere, deberá restituirla si despues de abrirlo resulta no ser cierto (4).

9. Habiendo sido otorgado el testamento de palabra ante testigos, acudirá al juez el heredero instituido ú otro interesado, refiriendo circunstanciadamente el hecho, con todos los pormenores del testamento, segun se espresará en el formulario correspondiente, y concluirá pidiendo al juez se sirva mandar que al tenor del pedimento sean examinados todos los testigos del testamento. Constando la certeza de su contenido, declarará sus disposiciones por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto, y así mismo proveerá que se protocolice en los registros del escribano actuuario, y se den á los interesados los traslados ó testimonios que pidieren y fueren de dar, interponiendo en todo para su mayor validacion la autoridad judicial en cuanto haya lugar en derecho. El juez mandará recibir la informacion examinando los testigos del testamento, y si de ella resultase cierto lo que espone en el pedimento, proveerá como se ha dicho.

10. Si el testamento estuviere dispuesto en cédula ó esquela simple ante el competente número de testigos, la presentará el heredero al juez con pedimento, espresando si el testador la escribió ó no, lo que pasó en aquél acto, y que por no haber escribano en el pueblo ó por otro motivo, formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció bajo de ella; y pretenderá que precediendo informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos presenciales, se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto el contenido de la cédula; que se den á los interesados las copias y testimonios correspondientes; se protocolice todo en los registros del escribano ante quien se presente; y que en ello y en sus traslados interponga el juez la autoridad de su oficio en la forma legal. En vista

(1) Leyes 103, tit. 18, p. 2; y 5, tit. 2, p. 6.

(2) Leyes 5, y final, tit. 2, p. 6.

(3) Ley 1, tit. 2, p. 6.

(4) Ley 25, tit. 11, p. 3.

de este pedimento y cédula, la habrá el juez por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer, y estándolo, dará otra providencia en que la declarará por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto, defiriendo á todo lo demás (1). Estas mismas diligencias deben practicarse con el testamento autorizado por notario meramente eclesiástico.

CAPITULO II.

PREVENCIONES A LOS ESCRIBANOS PARA EL ACIERTO EN MATERIA DE ULTIMAS VOLUNTADES.

1. Debe instruir al testador de lo que las leyes previenen.
2. Cláusulas que no serian válidas.
3. Puede el testador prohibir que se abra su testamento cerrado ó abierto.
4. Cláusula que se acostumbra en tales casos.
5. Puede ser en parte abierto y en parte cerrado.
6. Forma en que puede el testador nombrar heredero.
7. No debe el escribano designar persona al testador.
8. Otorgamiento del testamento de uno que está convulso y no puede hablar.
9. Otorgamiento del de un loco con lucidos intervalos.
10. Caso de que el testador no entienda el idioma.
11. No puede el escribano autorizar el testamento cerrado en que es instituido heredero; pero sí el propio y el nuncupativo.
12. De qué manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento.
13. Puede otorgarse el testamento de dia ó de noche.
- 14 y 15. Advertencia sobre el testamento del extranjero.

1. Aunque el testador tiene facultades para disponer de sus bienes como mejor le parezca, ha de hacerlo siempre conforme á derecho; por cuya razon debe el escribano instruirle de lo que las leyes previenen, á fin de que arregle á ellas sus disposiciones, sin dejar por esto de escribir cuánto le dictare ó insistiese en que se escriba; pues conviene sobre manera que no influya bajo ningun pretexto el depositario de la fé pública en la voluntad del testador.

2. No valdrá la cláusula por la que el testador dispensase á la viuda de la obligacion que tiene de renunciar á segundas nupcias para desempeñar la tu-

tela de sus hijos (2); ó la que tiene el tutor de dar cuentas, ú otras de esta clase, por ser todas ellas opuestas al derecho, como lo seria tambien aquella en que dijese: "que no valga la costumbre y fuero que haya en el lugar de su domicilio, ó de

(1) Ley 4, tit. 2, p. 6. En América antiguamente no bastaba la determinacion del juez ordinario, ni su sentencia se declaraba por pasada en autoridad de cosa juzgada, si no conocieren primero las audiencias de lo determinado por aquel, quien les remitirá los procesos de esta clase, aunque por las partes no se interpusiese apelacion de las sentencias. Ley 43, tit. 32, lib. 2 de la Rec. de Indias; pero en el dia no pasan estos autos á los tribunales superiores, sino solo en el caso de apelacion ú otro recurso admisible.

(2) Leyes 4 y 5, tit. 16, p. 6.

aquel en que tiene bienes, en cuanto á lo que en su testamento deja ordenado, y que se observe únicamente su testamento, y no la costumbre ni fuero." Así mismo seria de ningun efecto la cláusula por la que se prohibiese: "que los arzobispos, obispos y sus vicarios hubieren de celar sobre el cumplimiento de las cargas y administracion de bienes de la capellanía colativa ó memoria de misas que dejare fundada, y que de hacerlo se haya de entender revocada dicha fundacion y aplicados sus bienes á otro objeto;" porque además de que esto es contrario á las disposiciones del concilio de Trento (1), se entrometia el testador á arreglar una cosa que no era de su incumbencia.

3. Puede el testador prohibir que se abra su testamento cerrado, ó parte de él hasta el tiempo que prefije (2). Si el testamento es nuncupativo, se han de coser y cerrar las hojas que el testador prohíbe que se publiquen; y en lo que queda abierto se ha de espresar las que son y cuántas cláusulas contienen, é imponer la prohibicion, todo con claridad; y si el testador puede escribirlas ó firmarlas ha de declararlo así en ellas, que es lo mas seguro. En el otorgamiento deben concurrir los testigos designados para el testamento nuncupativo. Febrero dice que es suficiente la solemnidad de cinco testigos no vecinos ó tres que lo sean; mas la opinion que emití cuando se trató de esta materia, me parece mas conforme con la ley Recopilada (3).

4. La cláusula que en tales casos se acostumbra es la siguiente: "mando que hasta tal día, mes y año de.....no se abran, ni publiquen tales hojas cosidas (ó cerradas ó como estén), que obran

dentro de este cuaderno: que se cumpla inviolablemente lo que dejó dispuesto en sus cláusulas, y que lo demás del mismo cuaderno se abra y publique con la solemnidad debida tan luego como yo fallezca; en cuya atencion encargo al señor juez que entendiere de la apertura, que no altere ni permita se tergiversar en todo ni en parte esta disposicion, porque así conviene y es mi deliberada voluntad." Siendo testamento abierto se añadirán aquí las circunstancias espresadas en el número anterior.

5. Por la doctrina sentada se infiere que un mismo testamento puede ser en parte abierto y en parte cerrado. Esta clase de prohibiciones de que se va hablando, suele ponerse cuando el testador tiene algun hijo pupilo, ó fátuo, ó loco, y le instituye heredero, ó le deja algun legado nombrándole sustituto para el caso en que muera en la edad pupilar, ó sin recobrar su sano juicio: cuya prohibicion tiene por objeto evitar que el sustituto maquine la muerte del hijo por la codicia de heredarle (1).

6. Es permitido al testador nombrar heredero en su testamento, ó en su poder para testar en esta forma: "quiero que sea mi heredero el sugeto ó persona, cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel ó memoria que está en tal gabeta ó en poder de fulano, ó el que Pedro tiene instituido en su testamento;" concurriendo como es natural para ello el competente número de testigos; en cuyo caso no se detendrá el escribano en autorizarlo, pues siendo arreglado, verificándose el nombramiento en el papel y no dudándose de la fé, de la memoria ó cédula privada, será válido: á lo cual añade Febrero que esto no se entiende si el testador ha-

(1) Sess. 22, cap. 9, de reform.

(2) Leyes 5 y 6, tit. 2, p. 6.

(3) Ley 1, tit. 18, lib. 10, N. R.

(1) Ley 6, tit. 2, p. 6.

bló de futuro, v. g.: quiero que sea mi heredero el que yo escribiere de mi puño ó el que fulano instituyere: dando por razon de esta diferencia, que en el segundo caso no se nombra persona cierta como en el primero. No es segura esta razon; pues debiendo llegar á ser cierta dicha persona, ya porque el testador la escriba, ó el otro que cita, y con quien probablemente ha de estar de acuerdo, y no siendo tan rigurosos los principios que sobre esta materia rigen en nuestro derecho como los que regian entre los romanos, parece que tal disposicion deberá valer, pudiendo constar de la fé de dicho acto posterior ó futuro. Pero solo podria ser esta doctrina aplicable al primero de los dos extremos de dicha cláusula, esto es, cuando el testador dice sea su heredero el que escribiere de su puño, porque este caso es muy semejante á aquel en que se refiere á un codicilo posterior en el cual nombra heredero; no sucediendo lo mismo en el otro extremo, en que el testador se refiere á la institucion de un tercero; pues la ley (1) prohibe que se defiera el nombramiento de heredero á otra persona, y este seria un medio indirecto de eludir dicha ley.

7. Viniendo á las prevenciones que mas de cerca tocan al escribano, es de advertir primeramente, que debe preguntar al testador á quien deja por su heredero, sin nombrarlo ni traerle á la memoria sugeto alguno, ni hacerle señas; pues la pregunta ha de ser verbal, clara é indeterminada, para que de esta suerte se conozca que la respuesta es hija de su libre voluntad. Sin embargo, teniendo el testador suma dificultad para hablar, podrá designársele el nombre del heredero, preguntándole si instituye á

fulano; tal es la opinion de Febrero; sin embargo, lo mas seguro es no hacer tal designacion, para que no se atribuya á pasion ó interés, dejando que el mismo testador nombre la persona aunque sea con trabajo.

8. Si el escribano fuere llamado para otorgar el testamento del que está convulso, y tuviere trabada la lengua, de suerte que no pueda hablar ó aunque hable no se le entienda, se guardará aquel de autorizar un instrumento de esta clase; porque es preciso que el testador manifieste su voluntad, y no bastan señas, aunque responda haciéndolas con la cabeza, por ser esto contrario á derecho. Pero si pudiere entenderse lo que diga el testador, no habrá inconveniente de otorgar el testamento. Lo mismo se observará cuando por no poder hablar designe el testador por escrito la persona del heredero, y las demás disposiciones testamentarias. Lo que se ha dicho en este párrafo, comprende igualmente á los codicilos.

9. Tambien el loco puede testar durante sus lucidos intervalos; mas para evitar dudas sobre si lo hace ó no dentro de ellos, advertirá el escribano á algun hijo ó pariente de aquel, que acuda al juez esponiendo la enfermedad del paciente, y que algunas veces está en su acuerdo; pretendiendo que dé facultad al escribano para que del mejor modo posible explore su voluntad, con asistencia del médico y cirujano, que previamente declaren con juramento si está ó no en capacidad de hacer testamento, y que estándolo lo efectúe y ordene ante ellos y el competente número de testigos: de todo lo que se pondrá el correspondiente testimonio. Obtenida la facultad judicial, declararán conforme á la ley el médico y cirujano, si el paciente está ó no en su

(1) Ley 11, tit. 3. p. 6.

juicio, y constando estarlo, procederá á presencia de los testigos prevenidos por la ley ó mas, á preguntar al testador todo lo concerniente á su última disposicion, con particularidad al nombramiento de heredero y demás, conduciéndose con la mayor imparcialidad y reflexion, entendiendo lo que responda, y las declaraciones del médico y cirujano á continuacion de la providencia judicial; y no pasará á estender una cláusula antes que satisfaga á la anterior. Sabiendo y pudiendo firmar el testador, hará el escribano que firme el testamento con todos los concurrentes que supieren; luego lo autorizará; y evacuado todo, se presentará al juez para que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el examen de todos los que concurrieron al acto; á pesar de que esta publicidad de solemnidad dé la aprobacion judicial, viviendo aun el testador, no parece muy conforme con la naturaleza de las últimas voluntades.

10. Si el testador no hablare ni entendiere el idioma del escribano, será preciso en opinion de Febrero llamar al secretario de la interpretacion de lenguas, y que á su presencia y la de los testigos instrumentales, examine su voluntad; á cuyo efecto prevendrá á dicho secretario lo que ha de preguntar al testador; estenderá la pregunta, y á su continuacion la respuesta que aquel diere, espresándolas en los mismos términos con que se hubieren hecho; y concluido todo con este orden, lo firmarán el testador, los testigos instrumentales y el intérprete, y luego lo autorizará el escribano, quien no necesita juramentar al intérprete, pues como secretario del soberano hace fé lo que certifique aunque no puede autorizar testamentos ni contratos. Esta doctrina del Febrero ofrece graves inconvenientes;

pues además de no ser aplicable sino donde hubiere tal secretario de interpretacion, éste vendrá á ser en tal caso el único testigo, pues que los otros dos, no comprendiendo al testador, mal podrán atestiguar lo que hubiere dicho. Es necesario pues que sean tres los intérpretes; y á falta de ellos podrá el testador escribir su última voluntad delante de tres testigos no intérpretes y el escribano; y traducido este documento y autorizado por el secretario de interpretacion, ó hechas por varios diferentes traducciones, se reducirá á escritura pública. Estos son los dos únicos medios legales.

11. El escribano no puede autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero, por dos razones: 1. ^o Porque el heredero y fideicomisario universal tienen prohibicion de ser testigos y de escribirse por herederos en el testamento, y el escribano hace en él veces de dos testigos: 2. ^o Porque su aprobacion y autoridad se exigen como una formalidad necesaria para la validez de aquel. Pero puede autorizar su testamento cerrado ó nuncupativo por sí y ante sí; pues como trata de asunto propio á nadie perjudica. Tambien puede autorizar el testamento nuncupativo en que se le nombra heredero, con tal que intervengan la solemnidad de testigos y demás requisitos que prescribe la ley para cuando no asista escribano, y deponiendo luego los testigos de su tenor, como si ante ellos solos lo formalizaran en cédula (á cuyo efecto firmarán el protocolo y rubricarán sus hojas, para que no se presuma suplantacion ó engaño); porque la fé y autoridad que se dá en el testamento no consiste solo en que el testador permita que un tercero se instituya ó escriba por heredero, sino de que lo presencien los testigos necesarios, y les manifieste

su voluntad, á fin de que si se duda de su contesto puedan deponer de él, y no se cometa fraude. Lo mismo sucede en otro cualquier instrumento que sea contra el mismo escribano que lo autoriza, con tal que haga protocolo, y observe la solemnidad y formalidad establecidas por derecho, pues con él concurren dos personalidades, una pública y otra privada, y puede usar de ambas en un mismo acto, así como separadamente ó en distintos cada una.

12. Algunos autores tienen por requisito indispensable para la estabilidad del testamento ú otra última disposicion, que el escribano dé fé del conocimiento del testador, ó que depongan de él dos de los testigos instrumentales, como respecto á los contratos lo dispone una ley recopilada (1). Otros sostienen (y esta es la opinion mas fundada) que ninguno de ellos es preciso; porque el testamento no es contrato obligatario del que pueda seguirse perjuicio á tercero, sino la manifestacion de la última voluntad, que el testador puede revocar hasta su muerte. Y aunque una ley de Partida (2), que trae la forma de ordenar los instrumentos dice: „E debe ser muy acucioso „(solícito) el escribano de trabajarse á co- „nocer los homes á quien face las cartas, „quien son, y de qué lugar; de manera „que non pueda hi ser fecho ningun enga- „ño;” previniendo además la ley recopilada que si el escribano no conociere á alguna de las partes otorgantes, no haga la escritura á menos que presenten dos testigos que digan las conocen, espresando de dónde son vecinos; no obstante esto parece referirse únicamente á los contratos, atendidas las palabras de la ley; tanto mas que las leyes recopiladas y

las anteriores de Partida que prescriben los requisitos y solemnidad (1) de los testamentos con minuciosidad, nada dicen de los requisitos mencionados, antes bien se encierran en ellas disposiciones que facultan á los viageros y peregrinos á testar (2), cuando el legislador no podia ignorar que semejante personas debian de ser muy poco conocidas en pais extraño, y en poblaciones, donde á causa de sus peregrinaciones, debian hacer poca mäsion. Así que, aunque ni el escribano ni otras personas conozcan al testador, no debe dejar de autorizar su testamento; porque es menor inconveniente el carecer dicho instrumento de aquella circunstancia, que el dejar morir á uno instestado. Además, en otra ley se previene al escribano que para dar fé del conocimiento de una persona no es preciso que la conozca desde tiempo antiguo ni que sea de su lugar; pues basta que la haya visto y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre y apellido que dice tener, y que por tal es conocido.

13. Puede otorgarse el testamento, como acto puramente estrajudicial, de dia ó de noche lo mismo que los contratos. Cuando el escribano tome la minuta ó razon de él para estenderlo, ha de estar solo con el testador sin permitir que otro alguno, aunque sea su confesor, lo presencie sin su espreso mandato, para evitar de esta suerte toda sugestion, especialmente si se haya enfermo, y dejarle en libertad de esplayar su voluntad y descargar libremente su conciencia; pues la esperiencia ha acreditado que de lo contrario suelen hacerse unas disposiciones

(1) Ley 2, tit. 23, lib. 10, N. R.
(2) Ley 54, tit. 18, p. 3.

(1) Leyes 1 y 2, tit. 18, lib. 10, N. R.; 103, tit. 18, part. 3.
(2) Ley 30, tit. 1, part. 6; y 2, tit. 30, lib. 1, N. R.

violentas, repugnantes y perjudiciales que no sirven de otra cosa que de discordias y pleitos. Nadie ha de saber su testamento, si es abierto, hasta el acto del otorgamiento que han de presenciar los testigos; pero si la enfermedad se agravare de manera que no dé tiempo para la toma de razón, entonces podrán asistir á ésta los testigos y la firmarán, á fin de que precedidas sus testamentos disposiciones, se reduzca á escritura pública, y se declare por testamento y última disposición del testador, como si la hubiere hecho en cédula ante ellos sin escribano; y aunque para evitar estos gastos puede éste entenderlo con arreglo á ella, leerlo luego ante los mismos testigos, y hacer que lo firme uno de ellos en el protocolo por estar ya otorgado formalmente, quedándose con la misma por lo que pueda ocurrir, si se dudare de su testamento; lo mas seguro es lo referido para que no se arguyan de nulidad, por faltar su lectura y publicación despues de estendido. Aunque el testamento sea nuncupativo, á nadie mas que al testador mientras vive debe manifestarlo el escribano, ni revelar su testamento, no obstante alegarse por alguno que es instrumento público, pues se llama así por que se otorga ante persona con autoridad pública y testigos; pero no es público para otros mas que para éstos, por lo que tampoco debe dar copia ni testimonio, ni parte de él á otro que al testador, y despues de su muerte á los interesados, y únicamente de la parte que les corresponda (1).

14. Atendiendo á que el extranjero permanece ciudadano de su pais, los bienes que á su fallecimiento queden en otro extraño, deben pasar á sus herederos segun las leyes del suyo, sin que por es-

to deje de observarse respecto á los bienes inmuebles las disposiciones legales del territorio en que están situados. En cuanto á las formas y solemnidades prescritas para justificar el acto; parece deben observarse las establecidas en el pais en que testa, á menos que ordene otra cosa la ley del estado de que es miembro; en cuyo caso tendrá que cumplir con las formalidades que ésta exige si quiere disponer válidamente de los bienes que tiene en su patria, debiéndose entender cuanto vá espuesto de un testamento que haya de abrirse en el lugar donde hubiere fallecido; porque si un viagero lo hace y envia cerrado á su pais, viene á ser lo mismo que si lo hubiese escrito en éste, y ha de conformarse con sus leyes. Tocante á las disposiciones testamentarias debe decirse que las concernientes á bienes raíces han de adaptarse á las leyes del pais en que se hallan, pues que á su soberano corresponde conceder su posesion, y deben poseerse segun las leyes. Tampoco puede el extranjero disponer de los bienes muebles ó inmuebles que posee en su patria, sino conformándose con las leyes de ella; pero respecto de los bienes muebles, como dinero, y otros efectos que lleve consigo, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede hacerse sentir fuera del territorio, y las leyes que afectan propiamente á la cualidad del ciudadano. Permaneciendo el extranjero ciudadano de su patria, en todo lugar está ligado por estas últimas leyes y debe á ellas conformarse en la disposición de sus bienes libres, y de cualesquiera de sus bienes muebles; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside, y de que no es ciudadano. Así un hombre que teste y muera en pais extranjero, no podrá privar á su viuda de la

(1) Ley 103, tit. 18, p. 3.

parte de sus bienes muebles que le señalen las leyes de su nacion. Las leyes locales prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se estienden á mas: por lo que el testador no está sometido á ellas, hallándose fuera del territorio, y no afectan ó comprenden aquellos bienes suyos que están igualmente fuera de él. El extranjero tiene obligacion de observar estas leyes en el pais donde testa, respecto á los bienes que allí posee. Sin embargo, esta doctrina de los publicistas deberá sujetarse á la letra y espíritu de los tratados que sobre este punto celebren las naciones.

15. El extranjero no domiciliado en el reino donde vive, tendrá presente que si la ley, estatuto ó costumbre de él habla simple é indistintamente, se amplia ó estiende á todos los que lo habitan aunque no sean naturales ni vecinos, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida; pero si habla con cierto número de personas, no estarán obligados á observarla, y solo deberán ceñirse aquellos, con quienes habla determinadamente; porque en las cosas que miran á la solemnidad del juicio, se atiende únicamente al lugar donde se celebra el acto; mas en las que conciernen á la sustancia y decision de la causa, al lugar y fuero del actor en razon á que la ley no puede legitimar la persona del que no está sujeto á ella. Si estuviere domiciliado y tuviera bienes en el reino y en su patria, ha de disponer de aquellos segun las leyes vigentes en él, y de éstos segun las de su patria; porque la ley ó estatuto no puede estender sus efectos fuera de los límites á que se estiende la potestad del legislador, ni por consiguiente á los bienes situados fuera de ellos, ni á ninguno que no es en aquella parte súddito suyo. Lo mismo procede en cuanto á testar ó no el hijo de familia, natural ó extranjero, ya sea que muera dentro ó fuera de su patria, con bienes en su pais ó en otro extraño, y lo propio deberá observarse por idéntica razon aunque no sea extranjero, si posee bienes en diferentes estados de la República, en donde respectivamente existiesen diversas disposiciones sobre testamentos, pues con arreglo á ellas y á las leyes del pueblo en que se testa, se han de partir los bienes que en cada parte tuviere.



TITULO 14.º

De la adquisicion de bienes por sucesion intestada.

CAPÍTULO I.

NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LA MATERIA.

1. ¿Qué es sucesion intestada?
2. La ley tuvo en cuenta los sentimientos del hombre.
3. Casos en que tiene lugar.
4. Modos de suceder.



1. Sucesion intestada es un modo de heredar establecido por las leyes á falta de disposicion expresa del difunto; de consiguiente el heredero abintestato es llamado por la ley en defecto de heredero testamentario. Llámase tambien legítima

esta sucesion, atendiendo á que su origen y naturaleza dimana en un todo de la ley que quiso suplir el gran vacío que la sociedad hubiera experimentado, si los hijos ó parientes del difunto hubiesen quedado espuestos á los funestos resultados de un descuido ó de una fatal casualidad.

2. Para ello tuvo en cuenta los sentimientos naturales del corazon é interpretando por él la voluntad del hombre, llamó en primer lugar á la sucesion de los intestados á sus descendientes, después á sus ascendientes, y últimamente á sus parientes colaterales como personas que ciertamente debe presumirse hubiese preferido aquel, si hubiera otorgado testamento.

3. La sucesion intestada tiene lugar:
1.º Cuando el que tiene capacidad de hacer testamento no lo hace (1). 2.º Cuando lo otorga el que carece de capacidad para ello. 3.º Cuando lo otorga faltando á las solemnidades requeridas por derecho (2). 4.º Cuando no instituyó heredero. 5.º Cuando no se cumplió la condicion bajo la cual hizo el testamento. 6.º Cuando instituyó heredero desde cierto dia, hasta que éste llega: ó hasta cierto dia y éste ha pasado. 7.º Cuando el instituido no aceptó la herencia, ó murió antes que el testador. 8.º Cuando despues de otorgado el testamento nace al testador un hijo, del cual no hizo mencion, ni en particular ni en general (3). 9.º Cuando se interponga válidamente la querella de inoficioso testa-

mento. En los últimos seis casos serán válidos los legados y mandas contenidas en el testamento (1), siempre que el testador no se hubiese excedido de las facultades que el derecho le concede.

4. Puede suceder abintestato de tres modos; por cabezas, por estirpes ó por líneas. Se sucede por cabezas cuando las personas llamadas á suceder lo hacen por derecho propio y en consideracion á las mismas. Se entiende que se sucede por estirpe ó tronco, cuando los llamados á la herencia entran en ella por representacion de parientes que si vivieran vendrian á la sucesion. Los autores citan algunos casos en que estos descendientes no heredan en representacion sino por derecho propio, sucediendo de consiguiente por cabezas y no por estirpes, á saber:
1.º Cuando los hijos del difunto son declarados indignos de sucederle, pues entonces los hijos de éstos entrarán por derecho propio en la sucesion de su abuelo, y herederán por cabezas. 2.º Si un hijo renunciase la herencia de su padre; en cuyo caso los hijos del renunciante sucederán al abuelo tambien por su propio derecho. Esto se entiende si el difunto no tuviere otros hijos; pues si los hubiese dejado, éstos únicamente serian los herederos. Por último, la sucesion por líneas se entiende con respecto á los ascendientes, de los cuales el mas próximo excluye al mas remoto. Sentados estos principios pasaremos á esponer en el capítulo siguiente el orden que debe guardarse en esta clase de sucesion.

(1) Ley 1, tit. 13, p. 6.

(2) La misma ley.

(3) La primera ley citada.

(1) Ley 1, tit. 18, lib. 10, N. R.

CAPÍTULO II.

ÓRDEN Y REGLAS QUE DEBEN OBSERVARSE EN LA SUCESION INTESTADA.

1. Personas llamadas á la sucesion.
2. *Primer orden de sucesion.*—Descendientes legítimos.
3. Caso de dejar el difunto hijos y nietos.
4. Sucesion de los hijos legitimados por rescripto del príncipe.
5. Sucesion de los hijos naturales.
6. Sucesion de los espúrios.
7. Sucesion de los adoptados ó prohijados.
8. *Segundo orden de sucesion.*—Ascendientes legítimos.
9. Sucesion de los padres á los hijos naturales.
10. Sucesion del padre al hijo espúrio.
11. La reciprocidad no tiene lugar en la adopción.
12. *Tercer orden de sucesion.*—Colaterales hasta el primer grado inclusive.
13. Modo de proceder para la averiguacion de éste.
14. En la sucesion colateral se atiende á la proximidad del parentesco.
15. Los hermanos bilaterales son los primeros llamados.
16. En su defecto los unilaterales.
17. A falta de hermanos y sobrinos suceden los demás colaterales.
18. Caso de que el intestado fuese hijo natural y no dejase descendientes ni madre.
19. Los espúrios no suceden á los parientes del padre.
20. *Cuarto orden de sucesion.*—Los hijos naturales con respecto al padre.
21. *Quinto orden de sucesion.*—El cónyuge sobreviviente.
22. Esta sucesion no perjudica el derecho de la viuda á la cuarta marital.
23. *Ultimo orden de sucesion.*—El fisco.

1. Las personas llamadas por la ley á las sucesiones intestadas son las que se espresan en el orden siguiente: 1.º Los descendientes. 2.º Los ascendientes. 3.º Los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive. 4.º Los hijos naturales por lo respectivo á la sucesion del padre. 5.º El cónyuge que sobrevive. 6.º Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive; y 7.º El fisco. De cada una de ellas trataré con la debida separacion y con la claridad posible.

2. En el primer orden de sucesion entran todos los descendientes legítimos sin distincion de sexo, ni limitacion de grados, estén ó no en la patria potestad (1),

ora se consideren nacidos, ora póstumos; ya procedan de un mismo matrimonio ó ya de diversos; pues todos tienen igual parentesco con respecto al padre ó madre (1). Pero aunque todos son llamados á la herencia, siempre que entre ellos y el difunto no haya otra persona que esté mas próxima en grado, no todos reciben igual porcion, y así hay que distinguir entre descendientes de primer grado y de grados ulteriores. Los descendientes de primer grado que son los hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio (2), heredarán por cabezas y se harán tantas partes de la herencia, cuantas sean las personas que sucedan. Los descendientes de segundo y ulteriores gra-

(1) Leyes 3, tit. 13, part. 6; y 1, tit. 20, lib. 10, N. R.

(1) Leyes 1, 3, 7, y 8 del Fuero Real.
(2) Ley 1, tit. 13, part. 6.

dos que son los nietos, biznietos &c., no sucederán por cabezas como aquellos sino por estirpes ó troncos representando cada uno la persona de su padre, en cuyo caso no se harán tantas partes cuantas son las personas que suceden, sino cuantas son las estirpes ó troncos que representan; así si una persona deja seis nietos de los cuales cuatro proceden de un hijo suyo difunto y los dos restantes de otro, se dividirá la herencia en dos partes, una para los cuatro primeros y la otra para los dos segundos, tocando á éstos á pesar de ser menos, igual cantidad que aquellos; porque como representan á sus respectivos padres, reciben la porcion que les corresponderia si viviesen.

3. Si el difunto hubiere dejado hijos y nietos, sucederán aquellos por cabezas, y éstos por estirpes concurriendo con sus tios en representacion de su padre y lo mismo procede con los descendientes de tercero y mas grados, de suerte que la representacion en la línea recta tiene lugar hasta lo infinito. Si hubiese dejado hijos de diversos matrimonios tendrán todos igual derecho á la sucesion del padre, pero no á la de la madre, pues cada uno heredará á la suya respectiva.

4. Los hijos legitimados por rescripto del príncipe, sucederán únicamente cuando no hay hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, los cuales tienen siempre derecho á su legítima, pero en la sucesion de los demás parientes entrarán del mismo modo que aquellos (1).

5. Los naturales suceden á la madre tambien á falta de hijos legítimos ó legitimados con preferencia á los ascendien-

tes (1); é igualmente suceden al padre en defecto de aquellos; pero solo en la segunda parte de la herencia que deben partir con su madre (2); y aunque es cierto que la ley les concede mas amplios derechos, es únicamente á falta de descendientes y ascendientes legítimos y de los parientes hasta el cuarto grado, como se verá mas adelante.

6. Los hijos espúrios heredarán á la madre con tal de que no haya descendientes legítimos ó naturales, ni sean nacidos de dafado y punible ayuntamiento ó de clérigo ordenado in sacris, ó de fraile ó monja profesa, pues en ambos casos no tienen derecho alguno (3). Al padre nunca le sucederán (4).

7. Los hijos adoptados ó prohijados por sus ascendientes suceden al adoptante en caso de que éste carezca de descendientes ó ascendientes legítimos. Los adoptados por estraños y los arrogados ó prohijados por via de arrogacion, heredarán igualmente al prohijante en defecto de hijos legítimos, á menos que se ordene en la arrogacion que sucedan con éstos, pues entonces entrarán con ellos á la herencia (5). Téngase presente lo que se dijo sobre arrogacion en el capítulo respectivo. En cuanto á la sucesion del sustituto pupilar, que segun Febrero ocupa este órden de sucesion legítima, debe atenderse á lo que espuse anteriormente donde traté de la sustitucion.

8. Los que forman el segundo órden de sucesion ó los llamados en segundo lugar, son los ascendientes legítimos sin distincion de sexo, escluyendo á los colaterales (6). Dijimos en el número 4 del

(1) Leyes 11, tit. 13, part. 6; y 5, tit. 20, lib. 10, N. R.

(2) Leyes 8 y 9, tit. 13, part. 6.

(3) Ley 5, tit. 20, lib. 10, N. R.

(4) Ley 10, tit. 13, part. 6.

(5) Ley 8, tit. 16, part. 4.

(6) Leyes 4, tit. 13, part. 6; 1 y 2, tit. 20, lib. 10, N. R.

(1) Ley 7, tit. 20, lib. 10, N. R.

capítulo anterior que entre ascendientes aquellos. De consiguiente el padre su-
tenia lugar la sucesion por líneas, exclu-
yendo el mas cercano al mas remoto,
pues no hay entre ellos derecho de repre-
sentacion. En igualdad de grados de pa-
rentesco, y siendo ascendientes de am-
bas líneas materna y paterna, se divide
la herencia en dos partes iguales, esto es,
en tantas cuantas son las líneas, aten-
diendo siempre á la proximidad del pa-
rentesco. Así pues, los padres legítimos
son los primeros llamados en este segun-
do orden de sucesion, y heredarán por
iguales partes; y si bien opinan algunos
autores, tal vez fundados solo en el dere-
cho romano, que el padre conservará du-
rante su vida el usufructo legal que te-
nia en los bienes del hijo, y la madre so-
lo disfrutará de la propiedad de los que
le tocaron; esta doctrina sin embargo, pu-
diera no parecer muy conforme con el es-
píritu de la ley recopilada (1), que esta-
blece el modo de suceder de los ascen-
dientes legítimos á sus descendientes. Si
deja padre solo ó madre sola, heredará
todos los bienes con exclusion de los a-
buelos, puesto que como se ha dicho se
atiende á la proximidad del parentesco,
y no tiene lugar el derecho de represen-
tacion. A falta de padres sucederán los
abuelos de ambas líneas por partes igua-
les; de suerte que si el difunto dejare un
solo abuelo por parte de padre, y ambos
por parte de madre, recibirá aquel la mi-
tad de los bienes, y la otra mitad éstos,
quienes la dividirán entre sí por partes
iguales (2).

9. Siendo recíproca la sucesion entre
ascendientes y descendientes, heredarán
los primeros á los hijos ilegítimos en
la misma forma que éstos suceden á

cederá al hijo natural solo en la sexta
parte, y la madre en las cinco restantes
(1), las que pasarán á los herederos
de ésta en caso de muerte. Si el padre
falleciere antes que el hijo natural, ten-
drá la madre derecho á todos los bie-
nes. Habiendo espuesto en el núme-
ro 5 que por la ley se habia mejorado
la condicion de los hijos naturales, y
admitiendo el principio de reciprocidad
que dejamos sentado, parece que el pa-
dre deberá tambien tener á su vez igual
derecho para suceder al hijo en los pro-
pios términos, y en los mismos casos
prescriptos á éste en dicha ley.

10. Del mismo principio de recípro-
cidad se deduce que el padre jamás here-
derá al hijo espúrio, puesto que éste nun-
ca es llamado á la sucesion de aquel; mas
no sucede así con respecto á la madre,
que debe heredarle en los mismos térmi-
nos que éste lo verifica. La obligacion
de darse alimentos tambien es recípro-
ca, y así debe guardarse igualdad entre
ellos: de modo que en todos los casos
en que los hijos deben ser alimentados
por los padres y parientes, es igual el
derecho de éstos.

11. En la adopcion es donde no tie-
ne lugar la reciprocidad; pues aunque
hemos visto que el adoptado sucede al
adoptante en algunas ocasiones, éste
nunca tiene derecho á suceder al hijo
adoptado (2).

12. Los colaterales pueden suceder
hasta el décimo grado segun las leyes
(3) que se citan computándose los gra-
dos civilmente.

13. La computacion de grados segun

(1) Ley 1, tit. 20, lib. 10, N. R.
(2) Ley 5, tit. 21, lib. 4 del Fuero Real.

(1) Ley 6, tit. 13, part. 6.
(2) Ley 5, tit. 21, lib. 4 del Fuero Real.
(3) Ley 6, tit. 13, part. 6.

el orden civil debe hacerse empezando á contar desde el pariente colateral que quiera suceder, subiendo hasta el padre ó ascendiente de quien todos proceden, y descendiendo despues hasta el pariente difunto de cuya sucesion se trata, con arreglo á lo que se dijo anteriormente; así en el caso de ser un primo hermano, se subirá al padre, despues al abuelo comun, de éste se descenderá al hijo, hermano del padre que sucede y padre del difunto, y despues se seguirá hasta éste, resultando por consecuencia cuatro grados.

14. En la sucesion colateral se atiende á la proximidad del parentesco, de suerte que el mas próximo excluye á los mas remotos. El doble vínculo solo dá preferencia hasta el cuarto grado, es decir, que los hermanos y sus hijos que lo sean bilaterales, esto es, de padre y madre, serán preferidos á los unilaterales, quienes únicamente sucederán en defecto de aquellos. Pero los hermanos consanguíneos, ó sea de parte de padre, heredan los bienes procedentes de éste, y los uterinos los de la madre, y se dividirán por iguales partes los bienes adquiridos por cualquier concepto (1).

15. Los hermanos de ambos lados del difunto son los primeros llamados á esta sucesion, dividiendo la herencia en tantas partes cuantos sean en número. Si muriese algun hermano dejando hijos, entrarán representando la persona de su padre, y si concurriesen solos, heredarán por cabezas; pues la representacion en la línea transversal tiene lugar únicamente cuando los sobrinos concurren con sus tios. Así pues, si hubiesen muerto todos los hermanos bilaterales dejando hijos, se repartirán éstos la heren-

cia por iguales partes, escluyendo á los hermanos de un solo lado y á los tios del difunto.

16. A falta de hermanos bilaterales y de sus hijos, suceden los hermanos unilaterales consanguíneos ó uterinos con los suyos en igual forma que aquellos, heredando por cabezas y sus hijos por estirpes cuando concurren con sus tios, y si estuvieren solos, sucederán tambien por cabezas. Si concurriesen los hermanos consanguíneos con los uterinos, se atenderá á la procedencia de los bienes (1), como dejamos espuesto en el número 14.

17. En defecto de hermanos y sobrinos suceden los demás parientes colaterales por su orden y grado, de suerte que entrarán los tios del difunto, á los cuales son preferidos los hijos de los hermanos ó sean los sobrinos; porque la línea de los descendientes aun con respecto á los colaterales siempre se reputa mas cercana, porque el hijo del hermano representa indistintamente al hermano del difunto, y para heredar es lo mismo que si viviera. Los tios suceden por derecho propio. Los primos hermanos del difunto sucederán á falta de los anteriores, verificándolo tambien por derecho propio, y sin que la procedencia del doble vínculo les dé preferencia.

18. En caso de que el interesado fuese hijo natural y no tuviese descendientes ni madre, le sucederán los hermanos de parte de ésta con exclusion de los de parte de padre; porque la madre es conocida, y no lo es el padre. A falta de éstos suceden los hermanos de parte de padre prefiriendo los legítimos á los naturales (2). Los hijos naturales están

(1) Ley 6, tit. 13, part. 6.

(1) Ley 6 de dicho tit. y part.

(2) Ley 12, tit. 13, part. 6.

escluidos de heredar á sus hermanos legítimos y á los demás parientes por parte del padre, pero no á los maternos, si son los mas próximos en grado (1).

19. Los espúrios, de cualquier clase que sean, no sucederán ab intestato á los parientes de su padre, ni éstos á ellos, porque en la incertidumbre de la filiación y parentesco por parte paterna, no se reputa haber agnación ni cognación entre ellos. Tampoco sucederán los espúrios de dañado ayuntamiento á los hermanos ni parientes suyos por línea materna, porque si no suceden á su madre ni ésta á ellos, tampoco deben suceder á los parientes por su línea, ni éstos heredarlos. Los hijos adoptivos tampoco sucederán á los hijos y parientes del adoptante (2).

20. Sigue el cuarto orden de sucesión que lo forman los hijos naturales con respecto al padre, á falta de descendientes y ascendientes y parientes colaterales. Hemos espuesto en el núm. 5 el derecho preferente de los hijos naturales con respecto á la sucesión de la madre, y que tambien sucedian al padre en defecto de hijos legitimados, pero únicamente en la sesta parte de la herencia que debian partir con su madre (3). Tambien allí manifestamos que la ley concedió mas amplios derechos á los hijos naturales; y en su efecto estando antes limitada la sucesión de éstos al caso y forma que acabamos de indicar, dicha ley les concedió que sucedan al padre como legítimos herederos con preferencia á la muger del mismo padre y á los colaterales fuera del cuarto grado, en el caso de que no existan, como al prin-

cipio dijimos, descendientes, ascendientes ni colaterales hasta dicho grado.

21. El cónyuge sobreviviente ocupa el quinto orden de sucesión, siempre que no esté separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, con preferencia á los colaterales fuera del cuarto grado, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales del difunto; de suerte que rigurosamente hablando puede decirse que en dichos bienes de abolengo solo adquiere el usufructo; pero en cuanto á los demás bienes adquiere la propiedad y el usufructo.

22. Esta sucesión no escluye á la viuda del derecho que tiene á la cuarta parte de los bienes del marido, cuando queda pobre ó sin bienes para subsistir con arreglo á su clase, á pesar de que existan hijos ó parientes de aquel; á no ser que dicha parte llamada *cuarta marital* exceda de cien libras de oro (1). Algunos autores quieren dar igual derecho al viudo pobre por existir la misma razón; pero sin embargo nada dice la ley, ni se observa en la práctica. Tambien establecen algunos que si la viuda contrajese segundo matrimonio, perderá la propiedad de los bienes que constituyen la cuarta marital, conservando el usufructo: es decir, que serán reservables para los hijos del primer matrimonio; y tambien perderá este derecho cuando la viuda vive deshonestamente. Tampoco tendrá derecho á ella, si quedare usufructuaria.

23. Y por último, el fisco es el que ocupa el último orden de sucesión, no quedando viudo ó viuda, ni habiendo parientes hasta el décimo grado que heredaren al difunto intestado (2). La ley recopilada prohibe que los religiosos profesos de ambos sexos sucediesen á sus parientes abintestato (3).

(1) La misma ley 12.
(2) Ley 9, tit. 16, part. 4.
(3) Leyes 8 y 9, tit. 13, part. 6.

(1) Ley 7, tit. 3, part. 6.
(2) Ley 6, tit. 13, part. 6.
(3) Ley 17, tit. 20, lib. 10, N. R.

CAPÍTULO III.

DE LA SUCESION DE LOS BIENES TRONCALES.

1. Es costumbre en algunos pueblos que vuelvan los bienes al tronco.
2. Requisitos para que tenga lugar esta sucesion.
3. Bienes que deben volver al tronco.
4. Entre bienes se cuentan tambien los censos.
5. Este fuero no se amplia á los bienes que estén fuera del territorio.
6. El heredero troncal debe pagar á medias las deudas del difunto.
- 7 y 8. Advertencia sobre las herencias abintestato.

1. Aunque la doctrina que hemos es-
puesto en el capítulo anterior es la gene-
ral, sin embargo, nuestras antiguas leyes
supusieron que podria haber algunos pue-
blos en los cuales hubiera la costumbre,
de que volviesen al tronco los bienes de
los que mueren sin descendientes legíti-
mos, la cual tiene origen en el derecho
romano, ó mas bien en las diversas in-
terpretaciones que los jurisconsultos da-
ban á la ley 3.^a del código, *de bonis*
quæ liberis. Introdújose en Castilla es-
tableciéndola y confirmandola el rey D.
Alonso en el Fuero de Sepúlveda, y se
le dió mayor fuerza en el Fuero Real (1).
Y aunque una ley de partida (2) esta-
bleció que en caso de morir un hijo sin
testamento y sin dejar descendientes ni
hermanos, heredasen el padre y la ma-
dre; no por eso dejó de observarse la ante-
rior costumbre en algunos pueblos, por no
haberse admitido generalmente las leyes
de partida. Los reyes católicos respetan-
do tambien esta costumbre, exceptuaron,
al establecer la ley 6.^a de Toro, los lu-
gares en que aquella estuviese en obser-
vancia (3). Sin embargo de no ser usual
entre nosotros este modo de suceder, es-
pondremos lo que sobre él han dispuesto
las leyes.

2. Para que esta sucesion tenga lu-
gar, deben concurrir los requisitos si-
guientes: 1. ° Que se pruebe claramente
el uso y observancia del Fuero, porque
el uso y costumbre consiste en hechos, y
debe probarlos el que los alega: 2. ° Que
el Fuero no solo comprenda al pueblo en
que se quiere usar, sino que esté tambien
robustecido con la costumbre de usarse
y guardarse y no en otros términos, co-
mo lo ordena la ley 1.^a de Toro. Tam-
bien debemos advertir que este modo de
suceder debe entenderse con respecto á
la sucesion intestada, y no por testamen-
to; porque de lo contrario se impediria al
testador la facultad de testar, á menos
que la costumbre sea tambien estensiva
á las disposiciones testamentarias.

3. Los bienes troncales son no sola-
mente los que el difunto intestado here-
dó de sus abuelos y demás ascendientes,
sino tambien los que compró y heredó de
su padre, mediante la disposicion de la
ley del Fuero Real (1). Y segun algu-
nos autores lo mismo debe entenderse
con los que el hijo adquiriera de otra par-
te, si bien esto no se colige ni de las pa-
labras, ni del espíritu de dicha ley.

4. Entre estos bienes troncales deben
enumerarse los censos perpetuos, porque
siguen la naturaleza de bienes raices, y
así deben volver al tronco sin duda al-

(1) Ley 10, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real.

(2) Ley 4, tit. 13, p. 6.

(3) Ley 1, tit. 20, lib. 10, N. R.

(1) Ley 10, tit. 6, lib. 3.

guna; pero no los redimibles, porque estos bienes no son raices, ni mas que un dinero puesto á interés con seguridad y prohibicion de pedirlo el que lo da, hasta que el que lo recibe quiera devolverlo, y el primero no tiene ningun dominio en la finca afecta á su responsabilidad, sino solo hipoteca en ella y derecho á percibir sus réditos; y si se redime el capital no hay finca raiz, y queda solamente el dinero, que es la cosa mas movible de todas. Esto se entiende en el caso de que en el pueblo no haya costumbre contraria.

5. No se amplia la disposicion de este Fuero á los bienes raices existentes fuera del territorio en donde se usa, ni á personas de quienes ninguna mencion hace, ni á los bienes muebles aunque estén en el mismo pueblo, ni tampoco á los que la muger lleva en dote estimados con apreciacion que cause venta; pues como se trasfiere en el marido el dominio de ellos, puede volverlos ó dar su estimacion, sin que muerto el hijo se le obligue precisamente á su devolucion (1).

6. El heredero de los bienes troncales y el de los demás pagarán á prorata las deudas del difunto, porque ambos son verdaderamente herederos y no legatarios; aquel en virtud del Fuero, y éste en virtud de la ley de Toro.

7. Debemos advertir para mayor claridad de esta materia, que en las herencias abintestato en que constare haber herederos que pueden desde luego entrar en posesion, no deben intervenir jueces ni eclesiásticos, ni seculares, sino que se entregarán íntegras á los herederos en los términos y casos prevenidos por la ley recopilada (1); teniendo éstos la obligacion de hacer el entierro y exequias y demás sufragios, segun la costumbre del pais, y con arreglo á la clase del difunto. Si hubiese omision en esto por parte de los parientes, deberá el juez de primera instancia compelerlos á ello, aunque sin mezclarse en hacer inventario ni ninguna otra gestion en los bienes de la herencia (2).

8. Pero si los herederos son menores y no tienen tutor que pida el inventario, ó está ausente, podrá la autoridad judicial nombrárselo y prevenir el abintestato, mandando hacer el inventario de oficio, y entregando despues los bienes á los herederos sin deduccion de ninguna especie: de todo lo que hablaremos mas extensamente cuando tratemos la materia de particiones, en donde tambien nos ocuparemos del juzgado que antiguamente habia, conocido con el nombre de juzgado de bienes de difuntos.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

Sobre el título de sucesion intestada.

CUANDO TIENE LUGAR LA SUCESION.

La sucesion *abintestato* es un medio de adquirir la herencia cuando no existe disposicion testamentaria, en virtud del

llamamiento que la ley hace al goce de ella á las personas que de antemano tiene designadas. La intestacion es un suceso que frecuentemente ocurre, porque

(1) Leyes 18, 19 y 20, tit. 11, p. 4.

(1) Ley 13, tit. 20, lib. 10, N. R.
(2) Ley 14 del mismo tit. y lib.

muchas veces fallecen los hombres sin poder espresar su última voluntad, á causa de un golpe mortal repentino que les sobreviene, ó aun muchas veces llegan al término de su vida lentamente sin haberse acordado de arreglar sus intereses en el estado de sanidad. En tal caso ¿que se hará de sus bienes? La respuesta es obvia: la ley debe indudablemente suplir la imposibilidad ó descuido de aquel, é intervenir por sí de oficio á hacer su distribucion de una manera prudencial. Aquí nada hay arbitrario, pues que todo se dispone de antemano; aquí todo es sabio, pues se dirige á asegurar la suerte de generaciones enteras. ¿Y cómo no habia de pensar en la época fatal de la muerte del hombre, la ley que le guía en todos los momentos de su existencia? La cuestion no será pues acerca de la utilidad de la sucesion intestada, sino acerca de las personas que hayan de merecer este beneficio por ministerio de la ley. Voy pues á examinarlo atendiendo á la utilidad y conveniencia pública, y bajo lo que ya está escrito y decretado.

El gran secreto de la legislacion consiste sin duda en dirigir la conducta del hombre, de manera que se le interese y estimule á ejercer alguna industria ú oficio, á hacer ahorros de sus productos en lugar de malgastarlos, en una palabra, á hacerle adquirir los hábitos de laboriosidad y las virtudes de una justa economía. A esto tienden por lo que incumbe al derecho civil la libertad de contratacion, la libre enagenacion de sus bienes, el honor que se concede á las profesiones industriales, una razonable facultad de disponer de sus bienes por testamento, y finalmente el inspirar el dulce consuelo de que si por una desgracia repentina dejase alguno de existir, hayan de pasar sus bienes á las personas que mas ame. Esta es

por consiguiente la regla que debe guiar al legislador para decidir de la herencia de un intestado, el grado de afecto que posea ácia unas personas mas bien que ácia otras: porque á buen seguro que si el hombre supiera ó sospechara que en caso de morir *abintestato*, habian de pasar sus bienes á una persona que aborrece, no ejerceria á lo menos en toda su estension aquellos hábitos y virtudes domésticas. Pero este grado de afecto no puede ser sino presunto, y la ley al establecerlo saldrá muchas veces de la verdad para arrojarse en la mentira; así lo que se debe procurar es acercarse en cuanto sea posible á aquella, sin pretender una absoluta exactitud.

¿Quiénes se reputarán pues por las personas mas amadas de uno? ¿Aquellas con quienes se roza y acompaña con mayor frecuencia? Muchas veces la necesidad, otras el interés, algunas la comodidad, en fin, diversas causas son las que hacen acompañarse dos personas sin que por lo mismo se amen mucho; por consiguiente mal fundamento. ¿Los que se tienen por amigos? Pero esta calidad es menester acreditarla, para ello deberá recurrirse á la opinion de otras gentes, éstas podrán ser parciales ó engañarse, en fin es cosa demasiado vaga, espuesta al error y al soborno, y no se puede menos de renunciar este medio. Me parece por tanto que la base mas segura para hallar el afecto de uno, es el parentesco; afecto que nace de la misma sangre y se consolida con el trato, comunidad de intereses y relaciones domésticas. Confieso no obstante que algunas veces falla este fundamento, y que frecuentemente dos parientes, si no se aborrecen, á lo menos no se quieren mucho. De contado esto tendrá lugar mas particularmente si se estiende algo al círculo del parentesco, en cuyo su-

puesto aun sucede, que ni se conocen, v. g., hijos dos primos; pero no puede negarse que lo contrario es mas general, y en esta materia debemos contentarnos con lo que acontece con mas frecuencia.

Es muy digno de adoptarse el principio de nuestra legislacion que llama á la sucesion *abintestato* á los parientes, de manera que entren primero los descendientes, en falta de éstos los ascendientes, y habiéndolos los colaterales. Para determinar este orden bastará observar lo que pasa en el interior de las familias, pues la experiencia nos hace ver que fuera de algunos casos muy raros uno ama mas á sus hijos que á sus padres, ya porque vé en ellos una continuacion de sí mismos, ya por las recompensas que de ellos se esperan, ya en fin por el placer del recuerdo de la autoridad que se ejerce sobre ellos. Tambien hay otra razon para esta preferencia, y es que seguramente los descendientes en los casos en que puede tener lugar la competencia, se hallarán en la infancia; edad de necesidades de todas clases, y por lo mismo de ser protegidos por la ley. Es verdad que al mismo tiempo tambien el ascendiente habrá llegado á una época adelantada de su vida, y que igualmente exige el auxilio legal; pero entre proteger á uno que está en el principio de su carrera vital, y á otro que ya toca á su término, ¿á quién se favorecerá mas? El principio de utilidad parece indicar que al primero; porque mas servicios puede prestar éste á la sociedad que el segundo, ó lo que es lo mismo, porque es de creer que ésta perdiese mas con la desatencion del niño que del anciano, quien hasta entonces ha subsistido sin la tal herencia. Sin embargo, si esto parece algo duro se suavizará por medio de la obligacion que se imponga á los descendientes de alimentar á sus

ascendientes necesitados. Despues de aquellos entran estos en amor, y últimamente los colaterales, por lo mismo parece que debe guardarse este orden en la sucesion. Pero además del afecto puede alegarse otra razon para preferirse los ascendientes á los colaterales, y es que la herencia que en ellos recae es una indemnizacion de los gastos que han hecho por sus descendientes, una recompensa de los beneficios que les han causado con la procreacion, y un reconocimiento de las molestias y cuidados que han tenido en su educacion: en fin, algunas veces viene esto á ser una mera restitucion.

Todo lo que se dirija á fijar de antemano los derechos respectivos y á cortar disputas y pleitos, particularmente cuando en ellos no puede hacerse ver la verdad, es digno de elogio y debe ser adoptado por el legislador. A esto tienden seguramente las leyes que disponen, que muriendo de un lance marido y muger sin que pueda averiguarse cuál ha fallecido primero, se repite á ésta muerta con anterioridad, y que si igual desgracia acontece entre un padre y un hijo mayor de catorce años, se tenga por muerto aquel antes que éste; debiendo entenderse lo contrario si el hijo no hubiere llegado á dicha edad. Tales acontecimientos no son muy frecuentes; pero algunas veces no dejan de verificarse y conviene preveerlos: esto puede tener lugar en los naufragios, terremotos, incendios y en otros lances semejantes; y si entonces no puede saberse cuál de las personas llamadas respectivamente á la sucesion una de otra ha fallecido primero ¿cómo podrá arreglarse ésta en tales casos. No hay mas remedio que atenerse á las presunciones que establece la ley, fundadas es cierto en hechos generales, aunque algunas veces se separan de la realidad. Así, su-

pongamos en el primer caso que marido y muger no tuviesen hijo alguno, ó que se hubiesen hecho recíproca donacion de sus bienes para que los disfrutara el que de los dos sobreviviese: pueden tener padres ó parientes, y si se establece que la muger se repunte muerta antes que el marido, toda la herencia de ambos pasará á los herederos de éste, cuando seria todo lo contrario si fuera inversa la disposicion. En el segundo caso de fallecimiento de padre é hijo, supongamos que no hay otro descendiente sino que exista la muger y la abuela paterna, si se establece que haya de reputarse muerto el padre antes que el hijo, todos los bienes irán á la muger del primero y madre del segundo con preferencia á la abuela, porque el hijo habrá heredado al padre por la supervivencia aunque sea de un momento, y la madre al hijo; en el caso opuesto, es decir, siendo el hijo menor de catorce años, el padre le sucederá á él, y á éste la abuela con exclusion de la muger.

Sin embargo, no se entienda que por que establezco la necesidad de fijar algunas reglas generales de presuncion, adopte las que he enunciado; al contrario, yo las encuentro poco exactas y conformes al orden natural en los casos que explican. Parece que el fundamento de la sobrevivencia en los lances en que mueren dos llamados á la recíproca sucesion, debe consistir en la mayor fuerza fisica, y en el mayor vigor de espíritu ó serenidad para resistir al peligro mortal que se les presente delante; porque lo que generalmente se vé es que un hombre fuerte y sereno resiste mas en iguales circunstancias, que uno débil y medroso. Por consiguiente, solo falta determinar quien se ha de reputar por mas fuerte y sereno que otro en un caso dado. Por razon del sexo está reconocido que los varones go-

zan de una fortaleza fisica y vigor de espíritu en grado mas eminente que las hembras en una misma edad, y por tanto he aquí una base. Por razon de edad parece que el hombre hasta los treinta años va robusteciéndose, y que pasada esa época decae paulatina é insensiblemente: véase en esto otro dato.

Así me atreveré yo á proponer que en competencia de dos varones que no hayan cumplido* treinta años, se presuma haber sobrevivido el de mas edad, y que pasados aquellos la presuncion esté á favor del mas jóven. Pero si la contienda fuese respecto de uno que no ha cumplido los treinta años y otros que lo ha pasado, no podria seguramente establecerse la proporcion de que segun se fuese desviando de aquellos, se graduase la presuncion puesto que la realidad de nuestro fundamento estaria así contra semejante orden. Diria pues yo que el constituido entre los diez y ocho y treinta años se considerase por superviviente al mayor de éstos; el que esté entre los treinta y cincuenta y cinco, al menor de diez y ocho años; y el que menos diste de estas dos últimas edades lo sea respecto del que mas se aleje de ellas, es decir; que uno de diez y siete años tendrá la presuncion respecto del de cincuenta y siete, ó al contrario uno de cincuenta y seis la conservará en concurrencia del de diez y seis, y así sucesivamente. En cuanto á las mugeres entre sí podria guardarse la misma regla; pero cuando el caso sea entre una hembra y un varon, como todos se desarrollan y conservan su vigor poco mas ó menos en igual grado en ambos sexos hasta la edad de cosa de diez y ocho años, la presuncion de haber sobrevivido respecto de los que no los cumplieran, deberá ponerse á favor del de mas edad; si la concurrencia fuere entre

un varon constituido entre los diez y ocho y treinta, y una muger, deberá presumirse por el primero, de cualquiera edad que sea la segunda. Mas cuando él y ella han cumplido los treinta años, se juzgará por la sobrevivencia de ésta cuando sea mas jóven que aquel en cinco años; y finalmente, ocurriendo esto entre un mayor de treinta y una menor de diez y ocho, ó al revés, se siga la regla establecida arriba para todos los varones. Tal es el proyecto que me parece pudiera adoptarse.

CUALIDADES PARA SUCEDER ABINTESTATO.

La ley que está consagrada á explicar las reduce á cuatro: 1.ª Nacer todo vivo: 2.ª Vivir veinte y cuatro horas naturales: 3.ª Ser bautizado: y 4.ª Nacer en tiempo hábil ó legítimo. No puede menos que aprobarse el que la ley establezca algunos requisitos para obtenerse una herencia; porque seguramente todo lo que propenda á evitar cuestiones tan fáciles de suscitarse, cuando median intereses de alguna consideracion, es digno objeto de la legislacion. Pueden en efecto ocurrir desavenencias é incertidumbres de derechos, si no se determina desde qué momento llega á ser heredero un recién nacido; pues desgraciadamente podrá ocurrir que la madre fallezca al tiempo del parto ó poco despues de él junto con la misma prole. Se concibe por lo mismo la importancia de decidir si entonces el hijo ha heredado á la madre ó ésta á aquel; porque en el primer caso los bienes pasan al cónyuge superstite, y en el segundo á los herederos de la viuda. Así que adoptando las condiciones de esta ley observase que no perjudicara para la sucesion el que uno nazca con falta de algun miembro ó que éste se haya muerto, sino

lo que se exige es que el individuo humano nazca vivo, cuya circunstancia de nacimiento se verificará desde que salga todo él del vientre de la madre; de manera que si el parto se prolongase, no se le ha de tener por nacido desde que aparezca, sino desde que se desprenda enteramente. Pero no basta fijar este momento, sino que se requiere que el recién nacido viva cierto tiempo despues. No es estraño de que las criaturas mueran á poco de su nacimiento, y en la corta duracion de su existencia es difícil discernir si en efecto viven ó no: se le figura á uno haberle notado movimientos, á otro al contrario le parece muerto; por lo mismo, cualquier prueba será poco satisfactoria en mi concepto. El medio mejor de evitar toda incertidumbre es el exigir cierto periodo de vida desde el nacimiento, tal como el de veinticuatro horas: este término es muy suficiente para asegurarse de la realidad del hecho. El tercer requisito que es el del bautismo considerado en sí parecerá acaso estraño, mediante á que uno que no fuese bautizado podrá conceptuarse capaz de adquirir y transmitir una herencia; pero bien se concibe el espíritu con que está puesta tal circunstancia, á saber: el de interesar á los padres en bautizar á sus hijos recién nacidos, y hacer que no sean negligentes en efectuar este acto; y seguramente que el legislador ha puesto un medio para conseguirlo, cuál es el de privarlos de la herencia, si fuesen morosos en el cumplimiento de este deber religioso. En esta parte yo no me opondré á esta medida, pues debemos no olvidar que vivimos en un pueblo católico, y que las leyes deben acomodarse á las necesidades, costumbres, luces y aun preocupaciones de la nacion á que se destinan. Nada digo del tiempo que debe reputarse por hábil para que uno tenga derecho de suceder;

es claro que debe ser el mismo, por cuyo transcurso ó no transcurso desde la celebracion del matrimonio, la ley lo declara por legítimo ó no, por lo mismo remito al lector á lo que sobre este punto tengo es-

puesto. Enumeran despues las leyes varios hechos que constituyen á uno incapaz de suceder. El primero consiste el haber sido condenado á destierro perpétuo; y la razon no es seguramente otra que la de considerarlo como muerto civilmente y por lo mismo como constituido fuera de todas las relaciones sociales. A la verdad yo no me opondria á esto si se supusiera que la frase desterrados para siempre se debia entender segun suena, esto es, toda la vida del condenado y no como significan nuestras leyes el término de diez años y un dia. Yo no sé que ficcion ha podido introducir semejante inteligencia agena de todo sentido comun, y que es causa de que el juez no halle en nuestra legislacion penal escala entre el presidio de diez años y la pena de muerte. Las otras siete incapacidades son un castigo que se ha creido necesario imponer contra los delitos de irreligion, ingratitud y subversion, pues que se hace indignos de heredar por una parte á los hereges, bautizados dos veces y apóstatas; por otra á los descendientes que abandonan á sus ascendientes, locos y prisioneros; y finalmente al que impide á alguno hacer testamento. En cuanto á los primeros tal vez no es muy prudente colocar aquí la cuestion en la balanza filosófica, ó lo que es lo mismo examinar la utilidad civil de la disposicion que fulmina contra ellos la incapacidad de adquirir, porque es muy delicado tocar cuestiones en las cuales puede rozar la religion que profesamos. Sin embargo no será fuera de propósito observar, y

con ello no temo ofender los oídos de los teólogos, que el declarar que los hereges y apóstatas no puedan suceder hará que hombres no convencidos de la verdad de nuestra sagrada religion, permanezcan en ella solo en la apariencia y que sean unos verdaderos hipócritas, si ven que lo contrario les puede costar la pérdida de una herencia. Pero no son á estos cristianos engañosos á los que busca Jesucristo, pues si á algunos aborrece es á los que maldicen en su interior su divina doctrina, aparentando esteriormente el profesarla; mejor seria pues acaso que se separasen de la comunicacion de la iglesia sin hacer tanto daño á sus almas, hasta que despertado de su error la abrazasen de corazon. Mas como se vé, las incapacidades que voy recorriendo tienden á lo contrario y por lo mismo creo que seria conveniente extinguirlas.

Otras de las cualidades que se exigen por nuestras leyes es que el parentesco entre el difunto y heredero no pase del grado que detallan, siendo la sucesion en línea colateral, al contrario de lo que se establece en la recta de descendientes y ascendientes, en la que tiene entrada cualquier pariente hasta lo infinito; mas en el primer caso los bienes pasarán al fisco sin que los parientes mas remotos tengan derecho á ellos, y es lo que aquí voy á examinar aunque brevemente.

Siendo la base que debe guiar al legislador en materia de sucesiones *abintestato* el amor presunto en grado mas fuerte de parte del difunto ácia ciertas personas, parece indudable que éste lo tendrá mayor respecto de sus parientes aunque sean remotísimos que respecto de la tesorería nacional, y que por lo mismo mientras se justifique algun parentesco con a-

quel, no debe ésta tener entrada. Supónese en efecto que generalmente uno muere intestado, porque sea por lo que fuere no ha podido hacer testamento, y que si lo hubiera efectuado habría dispuesto de sus bienes en favor de personas de su estimacion; pues bien, pregunto yo ahora ¿es de presumirse que si el difunto hubiera testado, legara sus bienes al fisco con preferencia á sus parientes? Para resolver esta cuestion basta en mi concepto observar cuantas herencias recibe éste por semejante título: se verá que son ningunas y por lo mismo no puede fundar su reclamacion en este concepto. Segunda razon contra la suscesion del fisco. Es de creer que una herencia será mas útil distribuida á los parientes del intestado que no recaida en el erario nacional; porque aquellos podrán hacerse felices con ella, supuesto que las necesidades de los particulares no son tan grandes como las de un gobierno, y en éste apenas se hace sentir una corta entrada de fondos. Tercera razon. Por muy débiles que se supongan las esperanzas de los parientes remotos para heredar al difunto, y por lo mismo no grande el chasco que llevarian de no tener parte en la sucesion, siempre será cierto sin embargo, que respecto del fisco el producto seria absolutamente ninguno: el presupuesto de un gobierno nunca podia formarse de los restos de los bienes de los intestados. Cuarta razon. Está probado que los particulares administran los bienes mucho mejor que el gobierno: en manos de los primeros generalmente reciben mejoras considerables, á lo menos no restringiendo las leyes la libertad de enagenarlos como les diese la gana; pero en manos de los administradores del fisco van comunmente en deterioro: la razon es bien obvia, á saber: porque el particular tiene

un interés directo en la buena administracion y mejoramientos, mas los encargados del gobierno no tienen este estímulo, y por lo mismo es casi seguro que habrá de su parte mucha negligencia, y esta no es una suposicion gratuita porque esto vemos todos los dias

Mi opinion pues será dar á los parientes transversales el derecho de sucesion abintestato en cualquier grado que disten del difunto, lo mismo que á los descendientes. Solo cuando no exista pariente alguno, ó por mejor decir, cuando no se presente reclamando como tal la herencia, podrá dársele como por necesidad entrada al fisco.

DIVERSAS CLASES DE SUCESIONES.

Supuesto que el fundamento de la sucesion es el amor presunto del intestado ácia ciertas personas, y convencido en que la mejor regla para hallar esta afeccion es el parentesco, esto basta para decidir las cuestiones que puedan suscitarse en esta materia. Así parece cierto, hablando en general, que un padre ama igualmente á un hijo que á una hija, un hermano á otro hermano que á una hermana, y la sola calidad de ser hembra no es motivo suficiente para perder el afecto; por consiguiente nada será mas justo que el que no halla diferencia de sexo para la sucesion. Y caso de establecerse no se deberia dudar en ponerla á favor de las mugeres; la debilidad del sexo tanto en el orden físico como en el moral, las incapacita para proveer á su subsistencia y conseguir goces en el grado en que lo pueden hacer los hombres; debiendo por lo mismo obtener de la ley la preferencia, pues que mas digno de proteccion es un débil que un fuerte. Pero distinciones entre los individuos de una familia, producen generalmente disenciones, y

esta consideracion debe ser bien atendida. Otro tanto puede decirse de la edad, porque si bien los que quedasen en la infancia merecen mayor amparo legal en razon de su impotencia respecto de los mayores, con todo es de presumir que uno estimará igualmente á un pariente menor ó mayor de edad. Por otra parte, como el fundamento de ello seria la incapacidad del pupilo, y ésta puede hallarse tambien aun en un adulto, su arreglo obligaria á entrar en algunos detalles bastante dificiles de establecer; todo lo cual aconseja no hacer en esto diferencias. Las mismas razones pueden aplicarse en cuanto á la cuestion de si convendrá admitir á los emancipados y cognados juntamente con los constituidos en la patria potestad y agnados: tales distinciones son sin duda ridiculas, y aunque establecidas por la antigua legislacion romana, fueron abolidas por el emperador Justiniano en su novela 118, introduciendo en esto un nuevo derecho.

Parece que poco importa el modo con que se haga la computacion de grados, para averiguar la proximidad del parentesco que media entre dos personas, porque lo que regularmente interesa es establecerlo de manera que vayan aumentando y separándose aquellos á medida que se disminuyan las relaciones naturales de la sangre. El orden determinado por nuestras leyes llena en mi concepto estas cualidades, pues ponen en primer grado al hijo respecto de su padre, en segundo al nieto con referencia al abuelo comprendidos en la línea recta: á dos hermanos tambien en segundo grado, á tio y sobrino en tercero, y á dos primos en cuarto, los cuales se hallan en la colateral. Pero el cómputo de grados por el derecho canónico es diverso en esta última línea, porque en lugar de subir

desde una de las ramas al tronco comun y bajar despues desde él á la otra, se tiene en la primera operacion; de donde resulta una confusion de relaciones que fácilmente se concibe. Así el derecho canónico coloca al padre é hijo en primer grado, y de la misma suerte á dos hermanos entre sí; al abuelo y nieto en segundo igualmente que á dos primos. Sin embargo, todo el mundo sabe cuan distintos son los lazos que unen á un padre é hijo por una parte, y á dos hermanos por otra, á un abuelo y nieto por su lado y á dos primos por el suyo: entre un padre é hijo no media persona alguna, y un hijo puede reputarse como la misma persona del padre; pero entre dos hermanos existe la persona de su padre comun, y no hay entre ellos mas relacion sino en la circunstancia de haber sido procreados por un mismo padre: igual raciocinio se puede aplicar al otro caso del abuelo y nieto comparados con dos primos. Por estas consideraciones repito que la computacion civil es indudablemente mas arreglada que la canónica, y no hago aquí la reseña de ésta sino es para resaltar su inconducencia.

Tambien arreglan nuestras leyes el derecho de representacion que así mismo fué establecido por la legislacion romana, cuyas disposiciones se reducen á decir que la representacion tiene lugar hasta lo infinito en la línea recta de descendientes, ya sucedan nietos solos ó en concurrencia con hijos. Diré respecto á esto que me parece muy bien el que se dé entrada á los hijos del hijo premuerto; porque guiados en esta materia del amor que profesa un pariente á otro, no podemos menos de presumirlo existente respecto de los nietos, y en tanto mayor grado en cuanto que se vé en ellos la continuacion de nosotros mismos. Nada

importará por consiguiente la circunstancia de que los mas remotos sucedan con los mas próximos: es indudable que el ascendiente conserva afecto respecto de los unos y de los otros; de la misma suerte encuentro conveniente que en tal caso los nietos ocupen el lugar de su padre y perciban la porcion que correspondiera á éste, dividiéndose la herencia en tantas partes cuantos fueren los hijos existentes ó muertos con descendencia. En efecto, se puede creer que si el difunto hubiera llegado á manifestar su voluntad la habria hecho en estos términos, pues no se puede presumir que ame á cada uno de los nietos como á sus hijos; al contrario está visto que el amor ácia á aquellos es por consideracion del que tenia ácia éstos, es decir, que los ama porque son hijos de su propio hijo, y por consiguiente se debe suponer que los ama en conjunto en el grado que amó á él en vida.

Pero hay tambien para esto otra razon y es el perjuicio que resultaria á los hijos existentes si la division de la herencia se hiciese por cabezas; pues entonces les tocara una porcion menos de ella; perjuicio á la verdad muy sensible para aquellos en razon á ser extranatural é inesperada y que no compensa el beneficio de los nietos, puesto que no habian fundado en él esperanzas. Este raciocinio explicado por Bentham es para mí de mucho peso: Salas lo rebatió fundándose en que si la ley mandara que la herencia se partiese igualmente entre hijos y nietos, cada qual sabria la que le correspondiera, y por lo mismo no habia pena de esperanza engañada; pero en mi concepto este discurso es erróneo, porque aunque existiese así la disposicion legal, la esperanza fallida no podia menos de tener lugar. Supongamos por ejemplo que A. tiene por hijos á B, C y D, y que ha llegado á una edad avanzada siendo por lo mismo regular que no procrea mas: cada uno de estos hijos podrá formar cálculos sobre la legítima que deba tocarles por el fallecimiento de A, porque creen fundados en la naturaleza que éste ha de acontecer primero que el de ellos. Mas he aquí que trastornado el orden fallecen B y C antes que su padre A, dejando uno tres hijos y el otro cuatro: no se verá completamente engañado D, si en lugar de recibir la tercera parte que creia, no ha de tomar mas que la octava. Me parece indudable.

Otra de nuestras leyes previene que en la línea de ascendientes no haya representacion, sino que el mas próximo escluya á los demás: sobre lo cual espondré que supuesto que la proximidad del parentesco en cada una de las líneas, debe servirnos de base para graduar el objeto y éste para la sucesion, me parece que la presente ley se halla arreglada á este principio. Observaré para ello lo que pasa entre las familias: se vé en ellas que generalmente los hijos aman á sus padres, y que llenos de gratitud por los beneficios que les han dispensado se hallan dispuestos á recomendarlos, ó á lo menos á hacer en su obsequio algunos servicios. Pero esto no se verifica en un grado tan fuerte respecto de los abuelos, y es tan grande la diferencia del afecto que se profesa á éstos y á los padres, que comunmente se les conserva á los primeros en un grado bastante débil, lo que tal vez puede provenir en parte de que ellos para cuando los nietos llegan al estado de desarrollo de sus facultades, se hallan constituidos en una edad avanzada y llenos de achaques, causa poco influente para grangearse la aficion de un jóven; pero el hecho

es que así sucede. Además de esta razon ya he alegado antes otra para fundar la sucesion de los ascendientes, y es la indemnizacion de las molestias que se les ha dado en la crianza y educacion: en el presente caso apenas pueden suponerse en el abuelo, cuando existe el padre, semejantes molestias y por lo mismo no tendrá lugar la indemnizacion. No dudaria yo, pues, en establecer que á falta de padre ó madre suceda el superviviente solo al hijo en concurrencia del abuelo, padre del cónyuge muerto. Mas suponemos que éste deje descendientes nacidos de otro matrimonio anterior ¿deberán éstos gozar del derecho de representacion y por consiguiente tener entrada en la herencia? Me parece que no; y para probarlo bastará recordar los principios antes sentados. ¿No es cierto que uno amará por lo general mas á su padre ó madre que haya sobrevivido que no á los hijos del que hubiere fallecido? Es indudable. Además concurre la poderosa razon de que no está obligado á recompensar á estos medio hermanos, pues que no les debe ni crianza ni educacion como á sus padres.

La ley ordena que en la línea colateral se admita la representacion cuando concurren á la sucesion hijos del hermano presunto juntamente con tíos hermanos de aquel á quien se hereda; mas no cuando hijos de dos ó mas hermanos muertos se hallen solos. En primer lugar parece que en caso de conceder á los sobrinos parte alguna de la herencia de su tio, debiera ser á título de representacion del derecho de su padre; pues es claro que no podrian entrar en otro concepto en atencion á que se encuentran mas remotos que el hermano ó hermanos que aun sobreviven; de donde se evidencia que la sucesion de ellos no es

por derecho propio, sino representando el de otra persona; y por lo mismo les corresponde la porcion que ésta. Respecto de los sobrinos hijos de dos ó mas hermanos muertos, no hay tal razon cuando suceden solos sin que exista tio alguno, puesto que todos distan igualmente del difunto á que heredan. Sin embargo, dejará de ser cierto que el afecto que les tienen mas bien es en consideracion del que conservó ácia sus hermanos, que no personalmente á ellos mismos; en cuyo supuesto deben tambien heredar por derecho de representacion. Este es mi dictámen, con todo no encuentro que sea un disparate la disposicion legal tal cual está.

Con estos preliminares paso á examinar los tres órdenes de sucesion de descendientes, ascendientes y colaterales. Todas las razones están en favor de los hijos; en falta de éstos por los nietos y así hasta lo infinito: no me detendré en probar esta verdad despues de las explicaciones antecedentes. Solo haré pues dos observaciones, una sobre la sucesion de los hijos de distintos matrimonios y otra sobre los legitimados. Cuando un viudo con hijos se casa con una muger y procrea tambien con ella, es indudable que tanto los nacidos del primer matrimonio como los del segundo son hijos verdaderamente legítimos suyos, sin que para con él tengan en esta parte diferencia alguna. Por consiguiente, cuando se dice que sucederán al difunto sus descendientes, aunque sean de distintos enlaces, es claro que es lo mismo que si dijese que heredarán á uno todos sus hijos concebidos de una, dos ó mas mugeres. Al contrario, no sucederán á uno los hijos que su cónyuge hubiere procreado en matrimonio anterior, porque éstos en verdad no son propios suyos; de mane-

ar que la máxima legal es que todos los hijos hereden al padre comun, y cada cual al que lo fuere de él. En cuanto á los legitimados por subsecuente matrimonio, no debe caber duda en admitirlos juntamente con los legítimos sin ninguna distincion: el fomento del matrimonio, el bien de los mismos hijos y la buena moral lo reclaman. Respecto de los legítimos por rescripto del príncipe, no se les debe dar entrada sino es en falta de los demás; de lo contrario esta gracia perjudicaria notablemente á los legítimos y legitimados por matrimonio, cuyo perjuicio será tanto mas sensible, cuanto que aquella es un acontecimiento no natural sino inesperado. Bueno está que la legitimacion por rescripto del príncipe sea un medio de borrar la mancha natalicia, una purificacion para admitir al legitimado al goce de todos los honores y derechos sociales, mas no se le puede conceder efectos retroactivos, ni debe perjudicar á terceros en esperanzas que tienen ya fundadas.

En falta de descendientes entran en la sucesion los ascendientes sin distincion de sexo, excluyendo á los colaterales, sobre lo cual manifestaré mi opinion.

Está establecido que en todas las sucesiones el pariente mas próximo por sí ó por representacion sea preferido al mas remoto, de donde se deduce que si existe solo el padre ó madre heredarán al hijo intestado con preferencia y exclusion de los demás ascendientes. Este principio se funda en la sencilla razon de que debe creerse que el intestado ama preferentemente al padre y madre que á los abuelos como poco ha se ha referido; pero esto no quiere decir que las personas ascendientes que estén en un mismo grado suceden por cabezas, y seria mejor establecer el que habiendo en

una línea mas personas que en la otra, se suceda adjudicando la mitad á la paterna y la otra á la materna. De aquí se vén las diferencias que hay entre este orden y el que contienen la antigua legislacion romana y la actual de Francia. Aquella aplicaba los bienes de un intestado muerto sin descendencia al padre, y éste tenia lugar no por derecho hereditario, sino de peculio; de donde resultaba que la madre era escluida de la sucesion, puesto que el padre solo adquiria los peculios de los hijos; consecuencia fatal provenida por la sutileza de un principio! Pero en fin llegó otra legislacion mas moderna y derribó este principio dando al padre y á la madre la herencia de sus hijos. Sin embargo, el derecho de los ascendientes no fué exclusivo, pues que si el difunto dejaba hermanos ó hijos de éstos se dividian los bienes entre todos en partes iguales; cuyo orden fué adoptado por nuestras partidas y subsistió hasta las leyes de Toro que lo corrigieron. El código de Napoleon admite tambien á los hermanos ó descendientes de éstos juntamente con los ascendientes; pero no dividiendo la herencia por cabezas como lo hacia la antigua legislacion romana y las partidas, sino aplicando la mitad á los hermanos y la otra mitad al padre y madre ó sus ascendientes: si el padre ó madre muere antes, entonces solo la cuarta parte corresponde al sobreviviente y las otras tres cuartas á los hermanos.

Me parece que este último arreglo es establecido por la legislacion francesa es el mas justo, y quien concilia mejor los intereses de los diversos pretendientes. En efecto, la mitad que se adjudica al padre y á la madre puede considerarse como una indemnizacion de los gastos de la crianza y educacion por lo que en

esta parte deben quedar satisfechos y la otra mitad se dará á los hermanos como á personas de su mayor estimacion. Por otra parte, la muerte de uno antes que la de sus padres debe considerarse como un suceso extra-natural, de manera que un hermano podrá creer que si su hermano llega á morir sin posteridad, le ha de suceder en sus bienes, y por lo mismo fundan sus esperanzas para esta época, y si los padres hubieren de suceder en la totalidad de la herencia podian verse engañados en sus cálculos. Además y precindiendo de que esta medida tiende á distribuir las propiedades, ¿no se hace mas sensibile á un hermano verse privado de toda la herencia de su hermano, que á los padres de la mitad? No puede dudarse y aun puede decirse que menos sentirian éstos el que los demás hijos suyos heredasen á su hermano totalmente, que un hermano sea privado de solo la mitad; yo creo que el amor paterno verá generalmente con gusto y tal vez con preferencia al suyo propio el bien de su inmediata posteridad.

Tales son los fundamentos que me inclinan á adoptar las disposiciones francesas indicadas: ellas contienen tambien otra medida que me agrada, y es que los ascendientes sucedan esclusivamente en los objetos dados por ellos á sus descendientes, cuando se hallan en especie en poder de éstos. Muchas veces se dan algunas cosas por consideracion de sola la persona, y se siente que otro las ocupe, puesto que las estima; su pena de privacion seria indudablemente mas grande que el placer de los demás en tomarlas, y por lo mismo merecen que se les favorezca.

Despues de los descendientes y ascendientes viene el orden de los parientes colaterales, estableciéndose que en-

tren con preferencia los mas próximos que son: 1.º Los hermanos enteros, y sus hijos por derecho de representacion: 2.º Los medio hermanos ó sus hijos: 3.º Los tios: 4.º Los primos y así sucesivamente hasta el grado que la ley designa. Segun la computacion establecida anteriormente, el parentesco va alejándose en la línea colateral por el orden en que aquí se colocan las personas que han de suceder una despues de otra; por consiguiente, como la proximidad es el fundamento del amor y éste el que debe guiarnos en la presente materia, parece que nada puede objetarse: sin embargo, la exclusion absoluta de los medio hermanos, cuando existen enteros, no la encuentro conforme á estas mismas reglas, y así juzgo debiera dárseles una porcion aunque fuere menor que la de éstos: en efecto, no puede negarse que hermanos por parte de padre ó madre, solamente se aman en lo comun y tienen relaciones estrechas en un grado grande á lo menos con superioridad á los demás parientes; de donde debe inferirse que el difunto no les hubiera excluido totalmente de su herencia. Además, la sucesion de un hermano á otro puede considerarse como teniendo lugar por derecho de representacion de su padre y madre premuertos, y en tal supuesto siendo los hermanos tanto germanos como uterinos representantes de su padre ó madre, no deberán ser privados de su herencia. Pero no por esto deberán de participar de ella con igualdad respecto de los de ambos lados, porque solamente podrán representar al padre ó madre comun, siendo así que los otros representarán á ambos. Opinaria pues yo que los bienes de uno se distribuyesen entre los hermanos germanos y uterinos, de manera que cada uno de és-

tos solo tomasen la cuarta parte de los primeros.

SUCESIONES IRREGULARES.

Pueden enumerarse entre éstas primero la de los hijos naturales á sus padres, y de éstos á aquellos, cuyas principales disposiciones se reducen á decir que el hijo natural no hereda ab intestato á su padre cuando éste tiene algun descendiente legítimo, y que aun en el caso de que no lo tenga solo podrá aspirar á una parte de la herencia: al contrario de la sucesion respecto de la madre, cuyos bienes adquirirá totalmente no teniendo descendencia legítima. Todo esto necesita en mi concepto una reforma que procuraré explicarla y fundarla con la claridad posible. Hablando generalmente un hijo natural es una criatura desgraciada y cuyo infortunio le sigue desde la cuna; sea que su madre sea persona bien acomodada ó no, en lo comun se le abandona aun en los casos en que menos se deberia lo uno por ocultar el desliz y lo otro porque no se le puede sustentar; su educacion es consiguiente á este estado de abandono, y por lo mismo y como por ello apenas puede llegar á adquirir un medio decente para su subsistencia, es digno de la proteccion legal. Escluirlos pues de las herencias de sus padres seria aumentar males á la desgracia y privar á la sociedad de las ventajas que ellos le puedan prestar por el ejercicio de un oficio, profesion ó industria; por consiguiente parece indudable la justicia que les asiste para que se les dé entrada en aquellas.

Pero cuando hablo de hijos naturales entiéndase que me limito á los que están reconocidos espresamente por sus padres, pues sin este requisito apenas se puede conceptualizar á uno por verdadero hijo, de

donde se inferirá cuán inconducente es la distincion que se hace en cuanto á que en la sucesion del padre se le dé derecho á solo una parte de la herencia y en la de la madre á la totalidad. En efecto, la razon que se da para esta diferencia es que el hijo es cierto respecto de la madre y no así en cuanto al supuesto padre, y que por lo mismo mayores derechos debe tener en los bienes de aquella que en los de éste. Pero esta razon queda destruida en el hecho de exigirse un reconocimiento espreso de parte del padre, pues desde entonces éste es cierto ante la ley, de consiguiente por ese lado no hay motivo para establecer una legislacion diversa. Convengo no obstante, en no concederles desde luego en las sucesiones ab intestato de padres y madres los mismos derechos ó la misma porcion de bienes que se atribuya á los nacidos de un matrimonio legítimo, cuando al mismo tiempo existan éstos ú otros parientes que deban suceder; porque esto seria en mi concepto un grave inconveniente para la moral pública, que reclama el que no se proteja ni apruebe de esta manera la deshonestidad de las doncellas. Cuando se trate de arreglar el estado y los derechos de los hijos naturales, el legislador debe tener muy presente los dos escollos que ha de evitar, el de una completa adnirarversion y el de un excesivo favor. Ahora bien: ya estamos convencidos en dar á los naturales alguna parte de la herencia de sus padres y madres, aunque no la misma que á los legítimos; y pasando á señalar esta cuota yo creo que podia arreglarse de modo que si el difunto deja hijo natural y otro ú otros legítimos, aquel saque la cuarta parte que cada uno de éstos: si no hay descendencia legítima, pero si ascendientes, se le aplique á aquel un ter-

cio de lo que adquirieran cada uno de éstos; y si tampoco existe ascendiente alguno, se le señala la mitad que obtenga cada rama colateral. El modo de heredar al mismo hijo natural no sería menos difícil de ordenar, pues bastaría establecer que no teniendo descendientes legítimos, entrasen los ascendientes y colaterales á ocupar sus bienes en idéntica forma en que tiene lugar la sucesion ordinaria. Se vé que de esta manera falla aquí la regla ó máxima comun de que las sucesiones deben de ser recíprocas, porque siendo así que los padres y hermanos debian heredar al natural en la totalidad de bienes, él no ha de tener en su herencia mas parte que la que se ha designado segun este proyecto, á lo menos mientras existe algun legítimo. En vista de esto se podrá juzgar de la inutilidad de las disposiciones vigentes en nuestra legislacion, las que se fundan en el principio una vez adoptado de que mas derechos debe tener la madre ó sus herederos que el padre en la herencia del hijo natural, por razon de que así como para la primera éste es cierto, no lo es para el segundo; pero semejante fundamento ya queda destruido con el reconocimiento espreso que el padre debe hacer del hijo.

Se dice que los demás hijos ilegítimos, es decir, los que no sean habidos entre un soltero y una muchacha honesta, que podia contraer matrimonio sin dispenza, no heredarán al padre en parte alguna de su herencia, pero sí á la madre en su totalidad. Parece que las disposiciones que esto establecen solo pueden hablar de los hijos espúrios, esto es, de los nacidos de una meretriz, porque respecto de los naturales ya está establecido que pueden heredar en una parte habiéndose en cuanto á los demás ilegítimos una exclusion completa. Pero escu-

sado era en mi concepto hablar de los primeros, porque ó bien son reconocidos por los padres ó no: en el primer caso deben considerarse como naturales y gozar los derechos de tales; en el segundo es verdad no heredarán, pero será porque no se sabe quien los engendró, ó lo que es lo mismo porque no tienen fuera de su madre á quien heredar legalmente.

Claro es que esto no puede aplicarse á los incestuosos, adulterinos y sacrílegos, puesto que sus padres son ciertos; su incapacidad vendrá pues no de la falta de certidumbre, sino del ódio al delito que cometieron en su procreacion. Este ofende en efecto á la moral pública, y los ejemplos de su repetición pervierten el orden doméstico y el respeto debido á las personas dedicadas á la castidad: la ley deberá por lo mismo cubrir con un manto estos delitos, hacer que no aparezcan á la faz del público y caminar como sino hubiesen existido jamás ¿Qué hará pues para conseguirlo? Reprobar el fruto de union tan impura, negarle todos los efectos civiles en lo que mira á sus autores y no dar á éstos esperanza para utilizarse de aquel: todo esto es igualmente aplicable al padre que á la madre, y respecto de ambos debe haber un mismo resultado. Sin embargo, la humanidad exige no dejar perecer á criaturas exentas por sí de toda falta; y el bien de la sociedad recomienda no abandonarlos completamente: así me pareceria justo que tuviesen derecho á meros alimentos.

Despues de la sucesion de los naturales en línea recta paso á la que ocurre en la colateral, ya de un natural al legítimo, ya de éste á aquel. Las cuestiones son estas: Primera: ¿un natural que no tiene descendientes ó ascendientes legítimos ó naturales ni aun colateral alguno, será admitido á suceder al hijo legí-

timo de su padre ó madre. Segundo: ¿uno que se encuentra en el mismo caso que el anterior sin descendencia, ascendencia ni pariente alguno colateral, heredará al hijo natural de su padre ó madre? En ambos casos me inclinaré á la afirmativa por las siguientes consideraciones: 1.ª Porque en aquel se da entrada á un desgraciado y miserable que, privado de los socorros de su padre, debe suponersele en un estado fatal, y un alivio de esta naturaleza le habia de producir á él mucho mayor bien que á otro á quien pasase. 2.ª Porque habia fundado seguramente sus esperanzas sobre alguna parte de los bienes de su padre, y se veria muy burlado en ellas á no concederle cierta porcion, tanto mas cuanto que el haber premuerto éste es un acontecimiento irregular é inesperado. 3.ª Puede aplicarse la razon de afecto por causa de la mayor proximidad de parentesco, puesto que al fin son engendrados por el mismo padre ó concebidos por la misma madre. Los fundamentos del otro caso son tambien estas dos últimas razones.

Nuestras leyes hacen distincion en esta materia, pues admiten á la sucesion á los que sean parientes de parte de la madre solamente, mas no á los que provengan de la línea del padre; no obstante da lugar á éstos cuando se trata de la sucesion de un legítimo á un natural, en el caso en que no halla ninguno de aquellos. Lo que se funda en el principio de que antes se ha hablado, á saber, la falta de certeza legal del padre, pero el reconocimiento espreso que he conceptuado necesario para dar derechos á los hijos naturales destruye á aquel, y por lo mismo en estas cuestiones la sucesion de ellos ó á ellos colateralmente, solo debe tener lugar tanto viniendo el parentesco

del padre como de la madre. No se crea sin embargo que yo les conceda derechos á la sucesion de la totalidad de sus bienes en ambos casos, y podria establecerse la regla de que solo percibieran la parte que les correspondiera sucediendo al padre ó madre. De esta manera se heredaría al natural en todos sus bienes, puesto que el hijo legítimo sucede al padre en todos ellos, al paso que el natural no ocuparia mas que la mitad de la herencia del hijo legítimo habida de su padre ó madre, segun se ha establecido antes, el hijo natural solo heredará en esa porcion y eso cuando no concurra con descendiente ó ascendiente legítimo; del mismo principio establecido anteriormente, es decir, la necesidad de valernos del parentesco para graduar el afecto de un intestado, se podrá tambien inferir el juicio que formaré de la disposicion que admite á los hijos adoptivos á la sucesion de los adoptantes, cuando éstos no tengan descendiente ó ascendiente alguno; prescindiendo que esta adopcion es ya muy rara y que por lo mismo pocas veces podrá tener lugar el caso de semejante sucesion, no se puede menos de reconocer que tal órden sucesorio es enteramente opuesto á la espresada base, porque nunca hará la ley el que uno que no sea pariente natural lo sea en realidad, á lo que parece tendia la legislacion romana y á su seguimiento la nuestra. Sobre todo aun cuando se quisiese aprobar la adopcion, deberia hacerse sin ofender á otros terceros en los derechos adquiridos en virtud de la misma ley, ó sin engañarlos en las esperanzas que por ella se han fundado justamente. Sin embargo, se vé que la admision de los adoptivos á la herencia de los adoptantes, y mas siéndolo de una manera exclusiva, burla á los parientes colaterales en sus

cálculos. ¿No es en efecto muy natural que éstos viendo que su hermano ó tio no tiene descendiente ni ascendiente alguno y que por otra parte no se halla en disposicion de procrear, consientan en heredarle en caso de que fallezca sin disposicion? Pues bien: ¿en virtud de tal esperanza podrán arreglar su conducta ó modo de vivir y la de toda su familia? ¿y no recibirán un fuerte golpe con la inesperada novedad de la adopcion que haga su primo ó tio?

Es verdad que llegando el adoptivo á adquirir los bienes que los otros parientes debieran haber percibido, se dirá tal vez que la misma masa de riqueza queda en la sociedad, sea que exista en unas manos ó bien en otras; mas calcúlese el perjuicio de los primeros y la utilidad del segundo, y no se durará del lado al que deba inclinarse la balanza. El de aquellos, además de ser efectivo, se aumenta por la consideracion de que se les priva de unos bienes por una persona con quien no tienen relacion alguna, la que viene á frustrar sus cálculos que habian formado, contando con la adquisicion de la herencia de la que repentina é inopinadamente se ven privados. Todo lo contrario sucede en la sucesion del adoptivo; ella es inesperada, no habrá por lo mismo fundado cálculos sobre ella, y su privacion no le podria causar pena de gran tamaño. Por lo mismo parece que no se debe admitir el heredamiento *abintestato* de los adoptados: si el adoptante les profesa mucho afecto, puede significárselos en vida ó por via de su disposicion testamentaria.

Es muy digna de ser considerada por el legislador la sucesion de la muger respecto de los bienes de su marido. En efecto, si el matrimonio debe ser protegido por la ley, es preciso dar á los esposos

cierto estímulo para celebrarlo, y seguramente que no se da á éstos bastante mientras no se les ofrezca desde luego alguna ventaja positiva y material que de aquel les haya de resultar. A lo menos así sucederá cuando los enlaces no se verifican por efecto de pasiones amorosas, que es como con cortas excepciones tienen lugar en el dia, reputándose mas bien por especulaciones de intereses. Se encuentra no pocas ocasiones un hombre impertinente, mal humorado ó acaso achacoso, un estúpido, egoista ó de pésimo genio, pero al mismo tiempo rico, quien trata de contraer matrimonio con una jóven que se deslumbra con el oro, la cual se determina á recibirlo por esposo, no seguramente por sus cualidades personales, sino por la esperanza de aumentar su fortuna pecuniaria, que es á lo que únicamente aspira. Ahora bien: ¿si la ley asegura á ésta una decente subsistencia para en el caso del fallecimiento del propuesto novio sin sucesion ni disposicion testamentaria, no se ha de decidir á contraer semejante enlace mas fácilmente que si no tuviera esta seguridad? Sin duda que sí. ¡Y cuántos matrimonios dejarán de verificarse por falta de ella! He aquí pues una de las razones que yo encuentro para dar al marido ó á la muger superviviente que sea pobre, algun derecho sobre la herencia de su cónyuge pre-muerto.

Tambien hay otra razon, y es que los esposos durante el matrimonio han adquirido un hábito de ocupacion en las cosas respectivas por su continuo uso que hacen, sin que por lo mismo imaginen que tal vez con el tiempo podrán verse privados de ellas. De esa manera el pobre se acostumbra á las comodidades, placeres y acaso lujo que le proporcionaban los bienes del rico, y si se vé

privado repentinamente de ellos, ¿qué sentimientos y penas no le han de resultar? Cualquiera puede pensarlo; y por lo mismo para evitar este inconveniente convendrá no desampararlo con especialidad si el cónyuge burlado es la muger, la cual no puede tener la facilidad que tendria un marido para proporcionarse una decente subsistencia. Así podria arreglarse esto, de modo que habiendo hijos del matrimonio, y no llegando á la mayor edad, tuviese el cónyuge la administracion de sus bienes; y en caso de haber sido emancipados unos alimentos correspondientes á su clase y condicion: esto mismo, si no hubiese descendientes pero sí ascendientes. Mas si éstos tampoco existiesen, sino que heredasen los colaterales, podria asignárseles el usufructo del tercio durante su vida, ó la propiedad de la sesta parte á su eleccion. En mi concepto, esta adquisicion de la parte de bienes de un cónyuge respecto de otro, deberia hacerse sin restitucion, es decir, que la conservaria aun en el caso de que volviera á contraer segundas nupcias; porque de lo contrario seria un motivo tal vez poderoso para retraerlo de un nuevo enlace, siendo así que el inte-

rés de la sociedad reclama que se fomente su celebracion y no que se castigue á los que lo intenten.

Este mismo raciocinio he desenvuelto para desechar las reservaciones establecidas, respecto de lo que un cónyuge adquiere del otro durante el matrimonio.

Se ha visto, pues, que establezco el derecho sucesorio de los esposos por la utilidad que resulta á la sociedad, y no me fundo en ninguna de las razones estrafalarias en que lo apoyaban los romanos; ¿quién podria en efecto decir que la muger debe suceder al marido, porque aquella por medio del matrimonio se hace hija de familias de éste? Pero aun entre aquellos mismos desapareció este principio chocante por haberse hecho muy rara la *in manum conventio*, y en su lugar estableció el pretor el que los cónyuges se heredasen *abintestato*, siempre que no existiesen parientes en los grados sucesibles. En este punto puede adoptarse esta legislacion, pues siguiendo á la voluntad presunta del difunto, no puede dudarse que querria mas bien que su cónyuge tomase la herencia que no el fisco, á quien de lo contrario iria á recaer.



TITULO 15.º

De los bienes reservables.

CAPÍTULO I.

DE LOS CASOS EN QUE TIENE LUGAR LA RESERVACION, Y DE LOS BIENES QUE ESTAN SUJETOS A ELLA.

1. Causa de la introduccion de las reservas.
2. Los nietos y demás descendientes tienen tambien este derecho.
- 3 hasta el 7. ¿Qué se entiende por bienes reservables y cuáles lo son?

8. Como garantía de este derecho están tácitamente hipotecados los bienes del cónyuge que sobrevive.

9. La viuda que se casa está obligada á afianzar, aunque su difunto esposo la hubiese nombrado en su testamento tutora y curadora de sus hijos.

10. No tiene lugar esta doctrina con respecto al padre.

11. La propiedad de los bienes reservables la tiene el cónyuge que sobrevive, mientras permanece en estado de viudez.

12. Diferencia que hay en esto entre el viudo y la viuda.

13 y 14. Resolución de varias cuestiones.

1. Falsa es en mi concepto, á la par que de ningún peso, la razón que dan muchos comentadores de nuestro derecho acerca de la introducción de las reservas. No es la injuria que la muger hace al marido, pasando á segundas nupcias, la causa inductiva de esta institución, como equivocadamente suponen; es si el derecho que tienen los hijos sobre los bienes del padre que murió, y de los que no es justo se les prive por las segundas nupcias, pasando con ellos á aumentar la fortuna de los hijos que produzca este segundo enlace. Razon era pues, que hijos estráños no se lucrasen con perjuicio de otros del patrimonio de sus padres difuntos, por lo que nuestras leyes así lo sancionaron, extendiendo esta obligación tanto al padre como á la madre (1).

2. Mas como la razón de la ley concurre igualmente no solo con respecto á los hijos, sino tambien en cuanto á los nietos y demás descendientes, es claro que debe regir la misma legal disposición; y por consiguiente el derecho de reserva subsistirá tambien á favor de éstos, los cuales podrán vindicar á su vez la parte que se debía reservar á su padre ó ascendiente.

3. Llámense, pues, bienes reservables aquellos que el cónyuge que pasa á segundas nupcias tiene obligación de guar-

dar para los hijos de su primer matrimonio. Los bienes afectos á esta obligación son los que hubiere adquirido del cónyuge difunto, ó por contemplación del mismo, como tambien los obtenidos por testamento, fideicomiso, legado, donación y aun por arras ó donación esponsalicia, tratándose de la muger, ó por cualquier otro título lucrativo.

4. Tambien están sujetos á reservación los bienes que el cónyuge hubiese adquirido por sucesión intestada de alguno de los hijos del primer matrimonio, con tal que éste lo hubiese heredado antes del difunto padre ó madre; porque aunque parece que tales bienes no proceden directamente del marido, le vinieron sin embargo por su causa, y seria injusto defraudar á los hermanos de la esperanza que adquirieron de heredarlos con la muerte de su hermano.

5. En cuanto á los bienes adquiridos por disposición testamentaria del hijo, opinan muchos autores que dichos bienes no están sujetos á reserva, porque suponen que pasan al cónyuge viviente por la voluntad de aquel. No sé cómo puede sostenerse esta opinión, porque establecida la sucesión directa entre ascendientes y descendientes, no está en mano de los hijos instituir ó no á sus padres, pudiendo solo disponer libremente de un tercio; mas no de los otros dos que forman la legítima de los ascendientes. Así

(1) Ley 7, tit. 4, lib. 10, N. R.

pues, si el hijo dejase á su padre ó madre los dos tercios, esto es, la legítima, tendrían obligacion de reservarlos; mas si le instituyese por heredero en todos los bienes, únicamente el tercio quedará exento de la reserva, pues solo éste es el que recibe por entera voluntad del hijo: los otros dos los adquiere por disposicion de la ley.

6. Hemos dicho en el número 4, que para que estén sujetos á reserva los bienes que adquiriese el cónyuge sobreviviente por sucesion intestada del hijo, era necesario que éste lo hubiese heredado del difunto padre, y no por otro título ó persona. De consiguiente, si el hijo que murió intestado despues de su padre, hubiese heredado á un hermano de éste, no estará obligada su madre á reservar para los demás hijos, hermanos enteros del difunto, la herencia que á éste le dejó su tío; porque no la adquirió por la línea ni persona de su padre, quien no tuvo derecho á ella por haber muerto antes que su hermano.

7. Del mismo modo, si habiéndose casado la madre por tres veces y tenido hijos del primero y tercer matrimonio, heredare alguna cosa del segundo marido, de quien ninguno tuvo, no está obligado á reservarlo para los del primero ni tercero.

8. Como garantía del derecho de reservacion están hipotecados tácita é indistintamente todos los bienes maternos presentes y futuros, y aun cuando la madre no los obligue espresamente (1) y siendo muebles los que se han de reservar, deben estimarse por peritos que nombren las partes, dando la viuda fianza de restituirlos. Y como la ley recopilada citada arriba (2) impone al marido la obliga-

cion de reservar en los mismos casos y forma que á la muger, es evidente que los bienes de éste presentes y futuros, se han de entender tambien tácitamente hipotecados á dicha obligacion.

9. Aunque no está obligada á afianzar la madre á quien el padre nombró en su testamento tutora de sus hijos, como tampoco los demás tutores testamentarios; sin embargo, como en el hecho de contraer segundas nupcias pierde la tutela, y por consiguiente, la administracion de los bienes de sus hijos, debe prestar fianza para seguridad de los bienes sujetos á reservacion.

10. No tiene lugar esta doctrina con respecto al padre, pues aunque se case diferentes veces no pierde la administracion ni el usufructo de los bienes de sus hijos mientras están en la patria potestad, y no tiene obligacion de afianzar; pero deberá hacer ante escribano y á presencia de sus hijos, una relacion ó descripcion de los bienes que administra pertenecientes á éstos.

11. La propiedad de los bienes reservables la tiene el cónyuge que sobrevive únicamente mientras se conserva en el estado de viudez, de suerte que desde el momento en que contrae el segundo enlace pertenece á los hijos; empero conservará por toda su vida el usufructo de los mismos. Por tanto, si el cónyuge antes de pasar á segundas nupcias, hubiere enagenado los bienes raices que debia reservar, será válida la enagenacion, aunque no por esto se entienda que quedan los hijos sin derecho alguno, pues lo tienen para repetir su importe de los bienes propios del enagenante, como hipotecados en seguridad de los bienes sujetos á reservacion (1). Mas será nula la enage-

(1) Ley 26, tit. 13, p. 5.

(2) Ley 7, tit. 4, lib. 10, N. R.

(1) Ley 26, tit. 13, p. 5.

nacion si fué hecha despues de contraido el segundo matrimonio, si bien se sostendrá durante su vida, no revocándose hasta despues de su muerte, en cuyo tiempo podrán los hijos reclamarlos como dueños y propietarios.

12. Aunque el padre tiene igual obligacion que la madre en cuanto á estos bienes, sin embargo, sienagenare algunos, antes ó despues de las segundas nupcias no pueden los hijos reivindicarlos del tercer poseedor mientras que su padre viva, ni tampoco despues, en el caso de que acepten su herencia sin hacer prévia escusion en los paternos; pues como herederos universales están obligados á observar los contratos celebrados por su causante, y así solo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables, podrán repetir contra su poseedor; pero si la renuncian, no necesitan hacer la escusion para intentar su reparticion (1).

13. Si habiendo casado y dotado en vida padre y madre á alguna hija de ambos, muriere ésta abintestato sin sucesion despues de haber heredado á su madre, (cuya muerte fué anterior), y mejorase el padre á algun hijo del primero ó segundo matrimonio en el tercio y quinto de sus bienes; solo debe sacarse la mejora de

los bienes propios del padre, que son los que por su parte dió en dote á su hija y por muerte de ésta volvieron luego á él, como así mismo de los demás que éste adquirió por otro título; mas no de los que la hija hubo de su madre por su dote y herencia; porque el padre debe reservarlos para los hijos del primer matrimonio, quienes han de dividirlo entre sí con arreglo al testamento materno. Y dicese esto último porque el cónyuge sobreviviente no tiene facultad para dejar á uno de los hijos del primer matrimonio mas que á los otros, con respecto á los bienes reservables, sino que deben dividirse con arreglo al testamento del difunto, y en su defecto por partes iguales.

14. Si muriere el cónyuge sobreviviente que hubiere heredado á algun hijo del primer matrimonio, quedando pendientes al tiempo de su muerte los frutos de los bienes heredados á este hijo, cuya propiedad debia reservar á sus hermanos, se duda á quién pertenecerian dichos frutos. Esta debe resolverse por las leyes del usufructo; segun las que los frutos pendientes forman parte del fundo; por consiguiente, deberán entregarse deducidas las espensas, juntamente con el fundo á los hermanos enteros del hijo difunto á quien pertenecieron.

(1) Ley 24, tit. 13, p. 5.

CAPÍTULO II.

DE LOS CASOS EN QUE NO TIENE LUGAR LA RESERVACION.

1. Cuando los bienes recayeron en el hijo por otro título que no sea de sucesion de su ascendiente.
2. Segun algunos autores tampoco está la madre obligada á reservar los bienes que el hijo la dejó en su testamento con título de institucion ó legado.
3. Cesa tambien cuando el marido dió á la muger alguna cosa en premio de sus prendas.
4. Si hubiese precedido licencia del Soberano para contraer matrimonio, opinan algunos autores que tampoco tiene lugar.

5. También escluyen de esta obligacion á la muger que se casó segunda vez con licencia del marido. Poco fundamento de esta opinion.
6. ¿Quedaré la madre exenta de esta obligacion con la licencia de los hijos?
7. Los bienes gananciales están exentos de reserva.
8. En los casos en que la madre no está obligada á reservar hace suyos los bienes que heredó de los hijos ó del marido.
9. La obligacion impuesta á la madre de reservar la propiedad no procede con respecto al usufructo.
10. Aunque la madre viuda herede á un hijo y se case despues con otro, no pierde por eso ni debe restituir el usufructo.
11. Tampoco por las segundas nupcias pierde la muger el usufructo que el marido la dejó de sus bienes.

1. La obligacion de reservar, que como se ha dicho tienen el padre y la madre cuando pasan á segundas nupcias, cesa en los casos siguientes: Cuando el hijo aunque haya muerto intestado, heredó algo de los abuelos ó de algun pariente ó extraño, ó se lo donaron, vendieron ó permutaron, ó lo adquirió con su industria, ó recayó en él por otro título que no sea de sucesion de su ascendiente. porque de esto no habla la ley, y así lo adquieren enteramente sus padres.

2. Segun algunos autores, tampoco está obligada la madre á reservar los bienes que el hijo que muere testado la dejó en su testamento con título de institucion ó legado; porque entonces dicen que sucede principalmente por su expresa voluntad como si fuera extraño, y por virtud de la ley, como cuando muere intestado. Sin embargo, repito aquí lo que ya he manifestado en el capítulo anterior, que á mi modo de entender solo es aplicable esta doctrina al tercio, que es de lo que el descendiente puede disponer libremente teniendo ascendientes; pues la institucion, respecto á los otros dos tercios, dimana de la ley y no de la voluntad del hijo, quien no puede por tanto variar su naturaleza legal.

3. Cesa también la obligacion de reservar cuando el marido dió á la muger alguna cosa en premio de alguna calidad personal ó distinguido mérito; y la razon es que la donacion en este caso no es graciosa sino onerosa, ó mas bien remuneratoria. Mas esto solo se ha de entender cuando hay notable desigualdad en clase, estado, edad ú otra circunstancia entre marido y muger, y consta que solo en su consideracion y como remunerándola por ello, se la hizo; pero si no existiese dicha desigualdad, no se eximirá la viuda de hacer la reservacion, aunque se haga mencion de semejantes cualidades, pues es costumbre pretestar indistintamente en todos los contratos nupciales la virginidad, nobleza y otras prendas de la novia, para ofrecerla arras el novio (1).

4. Si hubiere precedido licencia del soberano para contraer el segundo matrimonio, opinan algunos autores que tampoco tiene lugar la referida obligacion; pues dicen que el legislador puede remitir ésta y las demás penas impuestas á las viudas que pasan á segundas nupcias. También eximen á la muger que quedó viuda siendo menor de veinticin-

(1) Leyes 7 al fin, tit. 2, p. 4; y 2, tit. 27, lib. 11, N. R.

co años, aunque los cumpliese despues de casada segunda vez; porque á la menor de edad la releva de la pena de los que se vuelven á casar. No encuentro razon plausible para exceptuar este caso, pues segun dejamos espuesto debe reputarse esta obligacion mas bien que como pena, como un derecho justamente establecido en favor de los hijos del primer matrimonio.

5. Consecuentes á su doctrina los comentadores que sostienen la opinion contraria, dicen que si el marido da licencia á la muger para casarse segunda vez, no tiene entonces obligacion de reservar nada para sus hijos, porque aquel le perdona la injuria. Mas yo que he sentado como un principio, que no es la injuria la que causa esta obligacion, dudo que el marido tenga semejante facultad; pero podrá donarle alguna cosa con la condicion de que la adquiera para sí, como si fuese patrimonial.

6. Mas en lo que no son muy consecuentes los autores, cuya opinion he combatido, es en establecer que la muger no tendrá esta obligacion si los hijos mayores de veinticinco años le dan licencia ó consentimiento para su segundo enlace. ¿pues qué este consentimiento ó licencia borra la injuria que suponen hace la muger á su marido cuando contrae su segundo matrimonio? Yo creo que lejos de suceder así, la consecuencia que debia deducirse era la de que los hijos autorizaban entonces dicha injuria, prestándole el referido consentimiento. Y aunque segun el principio que he sentado, pudiera sostenerse muy bien que con dicha licencia quedaba exenta la madre de reservar, creo sin embargo, que ni aun de este modo se liberta, porque en ningun caso puede suponerse que renuncian al favor que les dispensa la ley, cuando su

consentimiento es de ninguna fuerza para que la madre se case ó no. Solamente por medio de una renuncia espresa de parte de los hijos, es como quedaria la madre exenta de la obligacion de reservar.

7. Ninguna parte de los bienes gananciales debe el viudo ó viuda reservar á los hijos de sus anteriores matrimonios, por ser enteramente suyos ganados con su trabajo ó industria, y así aun cuando se casen muchas veces, pueden disponer de los que adquieran en cada matrimonio del mismo modo que de los patrimoniales (1).

8. En los casos espresados en que la madre no está obligada á hacer la reservacion de sus hijos, hace enteramente suyos los bienes que heredó de éstos ó de su marido; por lo que puede usar y disponer á su arbitrio como si no se hubiese vuelto á casar. Lo mismo procede cuando se casó dos veces solamente, y despues de viuda recayeron en ella los bienes de alguno de los hijos del segundo matrimonio; y si no tuviese hijos del anterior ni descendientes de ellos, tambien es suyo todo cuanto le dieron ó dejaron sus respectivos maridos, y como dueña podrá disponer de ello á su arbitrio.

9. La obligacion impuesta á la madre de reservar á sus hijos la propiedad de sus bienes que su marido le dona ó le deja, no procede de ningun modo en su usufructo; pues aunque sea tanto que con él compre y adquiera otros, no está obligada á reservarlos, pudiendo disponer de ellos entre los hijos de todos sus matrimonios, como enteramente propios.

10. Aunque la madre viuda herede á algun hijo y despues se case, otro hijo no pierde por eso ni debe restituírle el

(1) Ley 6, tit. 4, lib. 10, N. R.

usufructo que desde que se volvió á casar la madre percibió de los bienes de su difunto hijo; antes bien debe gozarlo toda su vida, porque no está comprendido en el que la ley 48 de Toro concede al hijo casado.

11. Por pasar á segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que el marido le dejó de sus bienes simplemente, y sin condicion de mantenerse viuda, ó con la que le gozase mientras viviese; y lo mismo debe entenderse con respecto al marido, si su muger le deja por usufructuario. Tampoco lo perderá aquella si se le lega con la condicion de *si viviese honestamente*; pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente, antes al contrario.

TITULO 16.º

De los mayorazgos, de los patronatos y capellanías (1).

CAPÍTULO I.

DERECHO ANTIGUO: MAYORAZGOS REGULARES.

1. Definicion del mayorazgo.
2. Todo mayorazgo se considera regular en caso de duda.
3. Son por su naturaleza indivisibles.
4. La sucesion de los mayorazgos es perpétua en todos los descendientes del fundador.
5. Los bienes de los mayorazgos eran por su naturaleza inenagenables.
6. Circunstancias que deben tenerse presentes en los mayorazgos.
7. Los hijos legítimos y los legítimados por subsiguiente matrimonio, son llamados á la sucesion.
8. La proximidad del parentesco se considera respecto del último poseedor.
9. A éste no se sucede por derecho hereditario sino de sangre.
10. Muerto el poseedor pasa al sucesor la posesion civil y natural de todos los bienes.
11. Todas las mejoras hechas en cosas de mayorazgos, ceden á éste.
12. Todas las reglas en los mayorazgos ceden á la voluntad del fundador.

1. A pesar de las innovaciones que ha sufrido en esta parte nuestra legislacion he creido necesario esponer la doctrina que ha regido, porque pueden presentarse casos, en los que todavia deberá aplicarse. Mayorazgo es un compuesto de bienes vinculados, en los cuales se sucede segun el orden y condiciones prescritas por el fundador, ó en su defecto por la ley. El mayorazgo es regular ó irregular, segun que se siguen en él las reglas establecidas por las leyes para la su-

(1) A pesar de que por las leyes de 27 de Septiembre de 1820 y 7 de Agosto de 1823, cuyas disposiciones referirémos por menor en el capítulo final de este título, quedaron suprimidos los mayorazgos, cacicazgos, fideicomisos, patronatos ó capellanías laicas, y cualquiera otra especie de vinculaciones, hemos conservado íntegras las doctrinas del autor sobre estas materias, así porque sin su conocimiento no se-
ria fácil entender bien dichas disposiciones, como porque permaneciendo aun, conforme aquellas, ligada á la sucesion la mitad de las vinculaciones ó bienes amayorazgados, no podrian decidirse con acierto los casos ocurrentes, ignorando la naturaleza de los mayorazgos, patronatos, capellanías &c., sus diversas especies y las reglas de la sucesion.

cesion en general de los mayorazgos, ó que se desvian de alguna ó algunas de ellas por disposicion directa ó indirecta del fundador. Las reglas que las leyes establecen para la sucesion de los mayorazgos regulares son las siguientes:

2. Todo mayorazgo se considera regular en caso de duda, y mientras no se prueba lo contrario; y en él debe sucederse segun el órden prescrito para la sucesion á la corona de España por la ley de Partida (1).

3. Los mayorazgos por su propia naturaleza son indivisibles, porque el fin principal de éstos es perpetuar la memoria y lustre de la familia, y conservar en ella los bienes para que no se desmembren y desaparezcan con la division. Se exceptúan sin embargo el caso en que nacieren dos varones ó dos hembras á un tiempo, dudándose quien fué primero; pues entonces el mayorazgo y demás derechos de primogenitura se dividirán entre los dos.

4. La sucesion de los mayorazgos es perpétua en todos aquellos que proceden de la familia del fundador. Por lo cual si éste hubiese llamado á la sucesion á su hijo primogénito y descendientes del mismo, sin hacer mencion de sus otros hijos, se entenderán tambien llamados éstos por su órden y grado por presumirse ser esta la voluntad del testador, atendido el objeto y perpetuidad de los mayorazgos.

5. Los bienes de los mayorazgos son por la naturaleza de la institucion inenagenables; de modo que para enagenarlos se necesitaba el permiso ó licencia del legislador. La prescripcion no tiene lugar en ellos sino por tiempo inmemorial, segun se dirá posteriormente.

6. En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas, á saber: la línea, el grado, el sexo y la edad. El que es de mejor línea es preferido á los demás, de modo que el descendiente sucederá antes que el ascendiente, y éste antes que el colateral, entendiéndose por mejor línea la del último poseedor: en igualdad de línea seguirá el que es mas próximo en grado, como el hermano que está antes del primo: en igualdad de uno y otro es preferido el varon á la hembra; y entre dos ó mas en un todo iguales, el de mayor edad al de menor. Y debe tenerse presente que en la sucesion de los mayorazgos tiene lugar la representacion, no solo en la línea recta sino tambien en la transversal, y que los hijos ocupan siempre el grado y lugar de los padres, á no ser que el fundador determinase lo contrario con palabras claras y literales en la fundacion, sin que basten presunciones, argumentos ni conjeturas por mas claras y evidentes que sean (1), cuya disposicion ha de entenderse con respecto á los mayorazgos fundados despues del 15 de Abril de 1615, desde cuya fecha tampoco se consideran escluidas las hembras, á no constar claramente y de una manera terminante que el fundador quiso escluirlas, no siendo suficiente para dicho efecto ningun género de presuncion (2).

7. Toda clase de hijos legítimos, aun los putativos, esto es, los procreados ignorando ambos cónyuges ó alguno de ellos el impedimento que entre sí tenían (3), y los legítimos por subsiguiente matrimonio desde el acto de su legitimacion, son los llamados únicamente á la sucesion del mayorazgo. Y como los le-

(1) Ley 9, tit. 17, lib. 10, N. R.

(2) Ley 8, tit. 17, lib. 10, N. R.

(3) Leyes 16, 17, 18 y 19, tit. 17, lib 10

(1) Ley 2, tit. 15, part. 2.

N. R.

gitimados por subsiguiente matrimonio no adquieren derecho hasta el acto de su legitimacion, será preferido á ellos el menor en edad que naciere de legítimo matrimonio antes que fueran legitimados; porque habiendo adquirido por su nacimiento el derecho de primogenitura no debe ser privado de él ni la legitimacion debe retrotraerse en su perjuicio (1). Los legitimados por rescripto del príncipe y los hijos naturales, solo son admitidos cuando el fundador los llama expresamente; y si no lo fueren, son preferidos á ellos todos sus parientes. Los hijos adoptivos están enteramente escludos de esta sucesion.

8. La proximidad del parentesco por cuya razon se sucede en los mayorazgos, se ha de considerar respecto al último poseedor, y no al fundador. Esta regla tiene tambien lugar en los colaterales con la precisa condicion, que el mas próximo al poseedor sea de los parientes del fundador, á los cuales únicamente pertenece la sucesion en los mayorazgos.

9. En los mayorazgos solo se sucede al fundador por derecho hereditario, pues al último poseedor se sucede por derecho de sangre. De donde se sigue que el mayorazgo pertenece al primogénito del poseedor, aunque éste le hubiese desheredado; y que el poseedor deberá pagar todas las deudas contraidas por el fundador, las que pasan irrevocablemente al mayorazgo; mas no está obligado á satisfacer las contraidas por sus antecesores, á no ser que lo hubiera sido en utilidad del referido mayorazgo.

10. Muerto el poseedor del mayorazgo pasa por virtud del mismo derecho ó ministerio de la ley al sucesor la posesion civil y natural de todos los bienes que

le son pertenecientes, sin ningun acto de aprehencion, aunque algun otro la hubiere tomado anteriormente, ó el mismo tenedor se la haya dado: cuya posesion se llama *civilisima*, y afirman los autores que tiene lugar, aunque el sucesor ignore su derecho, ó sea infante, furioso, mentecato ó póstumo. Y tambien aplican esta doctrina á los mayorazgos fundados sin real licencia, y á la cuasi posesion de las cosas incorporeales.

11. Todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las cosas de los mayorazgos, labrando, reparando ó reedificando en ellas son del mismo mayorazgo, cuyo sucesor sucede tambien en ellas, sin que tenga obligacion de dar parte alguna de la estimacion de dichos edificios, ni á las mugeres de los que los hicieron, por razon de gananciales, ni á sus hijos, ni á sus herederos (1). Conviene advertir respecto á la ley que dispone la doctrina de esta regla, que fué dada por los reyes Católicos, con el fin de debilitar indirectamente esta institucion del mayorazgo; pues siendo natural que los padres tengan igual cariño á todos sus hijos, era consiguiente que muchos ricos homes ó señores no quisiesen reparar las fortalezas y otros edificios de sus mayorazgos, y los dejasen destruir con el tiempo por no defraudar á sus otros hijos de la porcion de bienes libres, que les seria preciso consumir muchas veces en reparos como los que exigian obras de esta naturaleza: opinion que parece muy probable atendida la política de estos monarcas, muy distante por cierto de aumentar la riqueza y prestigio, y por consiguiente el poder excesivo de la nobleza. Por lo demás aunque esta ley usa de la palabra *labrar* se re-

(1) Ley 1, tit. 13, p. 4.

(1) Ley 6, tit. 17, lib. 10, N. R.

fiere únicamente á los edificios y fortalezas, cuya destruccion parece su principal objeto.

12. Todas las reglas en los mayorazgos ceden á la voluntad del fundador, ó lo que es lo mismo su voluntad es la primera ley de los mayorazgos. De lo que se infiere, que el fundador puede exigir

de los poseedores del mayorazgo, aun con la pérdida del mismo, el cumplimiento de todas las condiciones posibles y honestas que les impusiere; por cuya razon puede haber un número ilimitado de clases de mayorazgos irregulares, de los que tratamos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II.

DE LOS MAYORAZGOS IRREGULARES.

1. Sus diferentes clases.
2. Mayorazgo de rigurosa agnacion.
3. Mayorazgo de agnacion fingida ó artificiosa.
4. Mayorazgo de simple masculinidad.
5. Mayorazgo de femineidad.
6. Mayorazgo de eleccion.
7. Mayorazgo alternativo.
8. Mayorazgo saltuario.
9. Mayorazgo de segundo-genitura.
10. Mayorazgo incompatible.

1. Explicadas las reglas de los mayorazgos regulares, paso á tratar de las diferentes clases de los irregulares, que son los que se separan mas ó menos de dichas reglas, pudiendo por consiguiente ser de distintas y variadas especies. No obstante, comunmente se refieren nueve clases por ser sin duda su uso el mas frecuente en este género y son las siguientes: de agnacion rigorosa ó verdadera; de agnacion fingida; de masculinidad; de femineidad; electivos; alternativos; saltuarios; de segundo-genitura; é incompatibles.

2. Mayorazgo de rigurosa ó verdadera agnacion es aquel en que se sucede de varon en varon con exclusion de las hembras; lo cual se verifica siempre que el fundador dice, que funda mayorazgo perpetuo agnaticio para sus consanguíneos; ó bien que quiere conservar en su agna-

cion los bienes que le pertenecen; ó bien manda espresamente que en su mayorazgo nunca sucedan hembras ni los varones que de éstas procedan, ó ya de cualquier otro modo manifiesta ser su voluntad que sucedan en él únicamente sus agnados consanguíneos, es decir, sus descendientes varones de varones. Tambien se reputará de rigurosa agnacion, si el fundador ordenare á alguna hembra que se case con un agnado, privándola del mayorazgo en caso de no ejecutarlo así, y mandando que pase á otra con la misma obligacion, y si tampoco fuese cumplida, que pase al varon mas cercano; pues en este caso ú otro análogo se conoce ser la voluntad del fundador, que el mayorazgo sea de la naturaleza del que vamos hablando. Mas es de advertir, que para considerarse de rigurosa agnacion un mayorazgo ha de constar claramente la

les se dividirán á la muerte de éste. Mas debe notarse que á pesar de esta disposicion, se han unido por razon de matrimonio algunos mayorazgos de los comprendidos en ella. El fundador puede establecer la incompatibilidad, ó espresamente, en cuyo caso no podrá haber duda, ó tácitamente que será cuando se infiera de derechos, hechos, condiciones ó cargas puestas por él en su última voluntad, ó en contrato entre vivos, aunque no hable espresamente de incompatibilidad. Esta podrá ser absoluta ó relativa; y se reputará de una ú otra calidad segun que exista respecto á todos, ó únicamente con relacion á alguno ó algunos mayorazgos. Y podrá entenderse en la adquisicion ó en la retencion, segun que, ó se prohiba adquirirle al que ya tiene otro ó se prohiba que lo retenga adquiriendo otro mayorazgo, de manera que es obligado á renunciar uno de los dos. Finalmente, la incompatibilidad de un mayorazgo será lineal ó personal, segun que se excluye de su posesion á línea en general ó á la persona en especial que está en posesion de otro mayorazgo.

CAPÍTULO III.

DEL ORDEN DE SUCESION EN LOS MAYORAZGOS; DE LAS OBLIGACIONES

DEL POSEEDOR, Y CAUSAS PORQUE SE PIERDE.

1. En la sucesion de los mayorazgos se cuentan los grados segun el derecho civil.
- 2 al 8. Explicacion del árbol genealógico.
9. El poseedor del mayorazgo debe cumplir las condiciones posibles y honestas impuestas en la fundacion.
10. Obligacion del poseedor acerca de la pérdida ó deterioro que sufrieren los bienes vinculados.
11. Está obligado el poseedor al pago de todos los censos, tributos y cargas de los bienes vinculados.
12. Distincion que debe hacerse en cuanto á las espensas que haga el poseedor por causa de mayorazgo.
13. Causas porque puede perderse el mayorazgo.

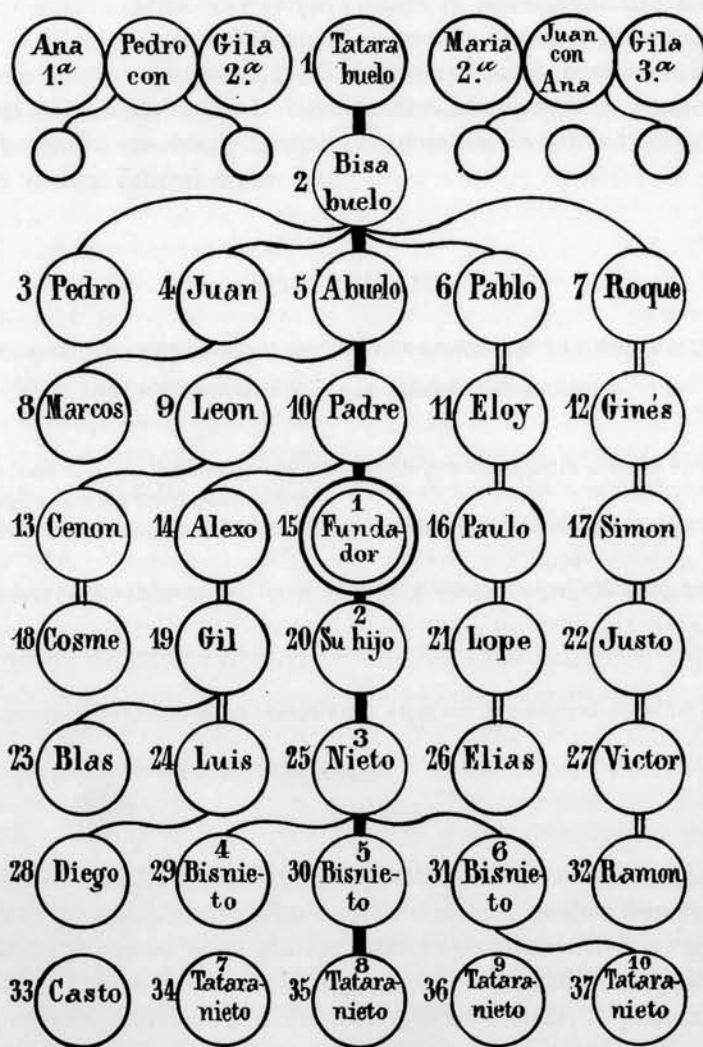
1. Habiéndose tratado de las diferentes clases de mayorazgos, conviene hacerlo ahora del orden que se ha de guardar en su sucesion; y como ya en el principio de esta obra se habló de las diferentes clases de parentesco, de las líneas y grados y computacion de éstos, así por derecho civil como canónico, sin detenernos en estos particulares pasamos á establecer el principio de que en la sucesion de los mayorazgos debe seguirse la computacion civil, no mandando su fundador otra cosa; porque semejante institucion es puramente civil y sujeta por tanto á la cualidad correspondiente á su propia naturaleza. Y para la mejor inteligencia de los casos que ocurran, ponemos un árbol genealógico, con arreglo al cual pasamos á hacer las observaciones siguientes.

2. Los números que están al lado de cada casilla ó círculo, se ponen única-

LIBRO CENTENARIO



ARBOL GENEALOGICO



mente con el fin de venir en pleno conocimiento de los litigantes en caso de disputa, y poderse así contar desde cada uno de ellos al tronco ó al fundador, ó al último poseedor; por lo cual no deben tenerse por grados.

3. Las personas colocadas al lado derecho (que es el de los números 3 y 4, aunque mirando al frente es el izquierdo), son los mayores en edad, y por consiguiente de línea predilecta, y así deberán ponerse siempre, y á los menores en el siniestro por el orden de su nacimiento en todas líneas; y á los que tengan iguales grados, en seguida, en frente unos de otros, segun su figura.

4. Si se hace algun árbol solo para saber la descendencia, parentesco y mayoría de edad, se deben poner por el orden del nacimiento, así los varones como las hembras de cada línea sin distincion; pero si es para algun litigio sobre mayorazgo que no sea de femineidad, deben estar en mejor lugar por el orden espuesto los varones, aunque hayan nacido hembras interpoladas entre ellos ó antes, porque como son llamados primero á su obtencion deben ocupar el lado superior.

5. Si el fundador del mayorazgo, ó alguno ó algunos de los sucesores se hubieren casado dos ó mas veces, se habrán de enlazar las casillas, y de cada matrimonio salir su descendencia; del modo que se figura en los dos ángulos ó extremos superiores del árbol.

6. Los números que van dentro de las casillas del fundador y de su posteridad, se han colocado con el único fin de distinguir á ésta de los demás que incluye el árbol, pues á no ser por este motivo, no se hubieran puesto mas que los colaterales que llevan todas las casillas, segun se acostumbra: por cuya razon, y porque la del fundador hace centro, se

ha distinguido, y así no se debe tener por otra familia distinta, sino por una misma que descende por línea recta del número 1 y concluye en el 35.

7. Si alguno tiene parentesco doble por haberse casado algun ascendiente suyo con sobrina suya, parienta ó descendiente del fundador, se ha de tirar desde la casilla de tal descendiente á la de la hembra una línea sutil (que llaman oculta), ó se ha de duplicar y enlazar la casilla de ella con la suya, espresando dentro ó á su márgen ser la misma puesta en la otra línea para que se conozca; y los pretendientes y último poseedor se han de distinguir con alguna señal de los demás, como el fundador.

8. Si alguno de los pretendientes, ó el sugeto de donde dice que proviene, no probaren su parentesco con el fundador; ó se dudare de él, no se ha de enlazar su casilla con la otra de la persona con quien solicita emparentar, sino dejarse suelta sin enlace alguno. Aunque algunos en la formación de árboles ponen el tronco abajo, y de él suben las ramas naturalmente por su orden, se ha formado este árbol al contrario, siguiendo la costumbre mas general.

9. El poseedor del mayorazgo debe cumplir las condiciones posibles y honestas impuestas en la fundacion, y no cumpliéndolas lo perderá, aunque sea el primogénito y primer llamado á su goce, y pasará al siguiente en grado disponiéndolo así el fundador (1). Se previene que los poseedores del mayorazgo deben hacer inventario formal de todos sus bienes y papeles luego que toman posesion de él, y conservarlos y repararlos á costa de su producto. Lo propio deben hacer los herederos del último poseedor

(1) *Leyes 5 y 6, tit. 4, p. 6.*

de las líneas espresamente llamadas, si por culpa de éste se aniquilaron ó deterioraron, y el mayorazgo es perpétuo. Segun Febrero, el poseedor que hubiere deteriorado ó dejado perderse alguna ó algunas de sus fincas, no puede compensar en todo ni en parte la pérdida ó deterioracion con las mejoras hechas en otras; pues la compensacion debe hacerse de crédito con crédito, y por las mejoras no tiene ninguno contra las fincas, porque ceden al suelo y las disfrutó; pero el sucesor tendrá accion contra sus bienes para conseguir dicha indemnizacion; á menos que el poseedor hubiese constituido obligacion hipotecaria de resarcirlos, pues entonces será graduado en el concurso de acreedores en el lugar que como hipotecario le corresponda. No me parece sin embargo muy exacta esta doctrina en toda su estension; porque no todas las obras ó mejoras que se hacen en los mayorazgos, ceden en beneficio suyo, sino únicamente las que se ejecutan en sus castillos, torres, casas ú otros edificios, por las razones espuestas en el número 12 del capítulo 1.º de este título; y así, las mejoras hechas en tierras, viñas, olivares ú otras cosas semejantes, son verdaderos créditos que se deben al poseedor, y por consiguiente á sus herederos, y que pueden por tanto compensarse. El reformador de Febrero, haciendo referencia á todo género de mejoras, dice no ser justo y equitativo, que si el poseedor por su negligencia ó mal gobierno deterioró algunas fincas vinculadas y mejoró otras, se compense el daño con la mejora; mayormente, añade, que esto cede en beneficio del mismo mayorazgo, pues de no ser así, se retraerian todos de hacer mejoras en los edificios y terrenos vinculados. Esta opinion parece mas equitativa que conforme á la ley, pues

prescindiendo de que su espíritu tuvo por objeto la destruccion de las casas y fortalezas de los mayorazgos á que se circunscribe, no se encuentra una razon plausible por lo respectivo á éstas que dé solucion á lo espuesto anteriormente, á saber: que la compensacion ha de hacerse de crédito con crédito, y dichas mejoras no lo son ni constituyen obligacion alguna en el sucesor; y así la ley será dura, y lo es en efecto y lo seria de todos modos al prescindir de los intereses particulares por llevar á cabo un objeto político.

10. El mismo autor citado espone, que sufriendo los bienes vinculados alguna pérdida ó desmejora, tendrán obligacion de resarcirla los herederos del último poseedor, si los gastos fueren cortos, aunque éste no hubiere tenido la culpa de ella; pero siendo grandes ó excesivos (lo cual deberá calificar el juez atendidas las circunstancias), solo deberán abonarse cuando hubiere habido por parte de aquel dolo, culpa lata ó leve, mas no levísima; y la razon que da es, que instituyéndose un mayorazgo en favor de todos los llamados á él, tiene lugar la regla de que cuando se hace una disposicion en favor de dos ó muchos, sea responsable cualquiera de ellos por las primeras de dichas culpas, y no por la última. Sobre esta opinion solo debo advertir, que no aparece una exacta conformidad entre los dos extremos que abraza; porque si solo mediando culpa leve por lo menos nace obligacion entre dos ó mas que tienen derecho á una misma cosa, no hay fundamento para que sin dicha culpa ni otra alguna se obliguen á la satisfaccion del daño ó menoscabo los herederos del poseedor del mayorazgo, en el caso de que los gastos sean cortos. Sin embargo, ocurre una razon que

podrá favorecer su opinion, y es que el poseedor está obligado ó parece estarlo á todo género de reparos y gastos, no siendo extraordinarios, pues tambien percibe todos sus frutos y rentas.

11. Así mismo está obligado el poseedor de un mayorazgo al pago de todos los censos, pensiones, tributos, y cargas que deben satisfacerse anual y perpetuamente de los bienes vinculados, ya las hubiese impuesto el fundador, ya alguno de los poseedores anteriores con facultad real, lo cual procede aun en las pensiones correspondientes á dichos poseedores.

12. En cuanto á las espensas que el poseedor tenga que hacer en pleitos por causa del mayorazgo, debe distinguirse si se hicieron aquellas solo por beneficio del poseedor ó por la perpétua utilidad del mismo mayorazgo: en el primer caso los gastos son de cuenta del poseedor; y en el segundo, siendo de poca entidad, dicen los autores que tambien, sin duda en atencion á que los bienes del mayorazgo compensarán sobradamente dichos gastos con sus frutos y rentas; mas no así cuando aquellos son grandes, pues deberán satisfacerse del mismo mayorazgo; por lo cual se ha concedido á veces facul-

tad para hipotecar los bienes vinculados, á obligarlos con pensiones anuales por haberse hecho gastos considerables en pleitos sobre mayorazgos. Los poseedores de éstos no están obligados á dar caucion á los sucesores inmediatos de restituir los bienes vinculados sin desfalco ó deterioro, á menos que los disipen ó empeoren. Por último, dichos poseedores están obligados á suministrar alimentos á sus hermanos pobres y á dotar á sus hermanas.

13. El poseedor de un mayorazgo puede perderlo por haber incurrido en infamia de hecho ó de derecho, por ingratitud, por disipacion de todas sus fincas si el fundador lo manda espresamente; ó por haber cometido alguno de los tres delitos exceptuados (que son lesa magestad divina y humana, sodomía y herejía), aunque el fundador no lo mande: pasando en tal caso al siguiente en grado con arreglo á la fundacion. La pena de los delitos mencionados se estiende á los hijos de los delincuentes procreados despues de la perpetracion (1).

(1) Ley 6, tit. 27, p. 2. Ya se dijo anteriormente que las penas no son en el dia trascendentes á la familia del delincuente, y por lo mismo no tiene aplicacion esta ley á los descendientes.

CAPÍTULO IV.

DE LOS MODOS DE PROBAR LA VINCULACION DE LOS BIENES, Y DE LOS MEDIOS PARA OBTENER LA POSESION DE UN MAYORAZGO VACANTE.

1. Espónense cuáles sean estos modos.
2. Advertencia sobre los mismos.
3. ¿En qué términos deben hacer la deposicion los testigos?
4. Sobre si deberá ó no admitirse otro género de prueba.
5. Modo de probar las agregaciones hechas á un mayorazgo.
- 6 hasta el 9. Noticia sobre el artículo de administracion del mayorazgo y de la tenuta.

1. Réstanse esponer brevemente los medios que hay para probar que los bienes son vinculados. Esta prueba puede hacerse: 1.º Por las escrituras de su institucion: 2.º Por testigos indóneos que depongan contestes haber visto dichas escrituras: 3.º Por costumbre inmemorial é inconcusa que acredite que los obtuvieron sus poseedores como de mayorazgo, sucediéndose por tanto en dichos bienes en razon de semejante calidad.

2. El primer medio es el mas seguro de todos, y de él se vale todo propietario para probar su dominio. Algunos autores han querido establecer que la licencia real que debia preceder á la fundacion del mayorazgo, era tambien un medio de prueba; sin embargo, no es muy fundada semejante opinion, pues pudo suceder que se concediera la licencia, y la fundacion no se verificase. El segundo medio es supletorio en defecto del anterior, y será muy útil al interesado probar el tiempo en que se perdieron las escrituras; y en cuanto al tercero deberán presentar testigos de *buena fama*, cuya circunstancia debe probar el interesado.

3. Estos testigos han de deponer haber conocido los bienes como vinculados por espacio de cuarenta años, y haber oido decir lo mismo á sus mayores y mas ancianos, quiénes tambien lo habian visto y oido de sus antepasados sin otra cosa en contrario, y que ello es de pública voz y fama entre los vecinos y moradores de la tierra donde están situados los bienes. (1). De consiguiente, estos testigos deberán tener lo menos cincuenta y cuatro años; porque habiendo visto vinculados los bienes por espacio de cuarenta años, han debido tener lo menos la edad

de la pubertad cuando oyeron lo mismo de sus mayores. Son, pues, necesarias tres generaciones: 1.ª La de los deponentes; 2.ª La de los padres de éstos; y 3.ª La de los abuelos.

4. El reformador de Febrero dice que la ley recopilada que se cita no excluye otro género de prueba que pudiera hacerse para acreditar la vinculacion de los bienes; mas sin impugnarle diré que el juez debe estar prevenido contra otras pruebas que no sean las mencionadas, á fin de rechazar todas aquellas que repugnan el espíritu de esta disposicion legal. Estas pruebas aprovechan únicamente para hacer constar la vinculacion de los bienes, pues su propiedad debe acreditarse con otros títulos.

5. Falta saber cómo se han de probar las agregaciones hechas á un mayorazgo. Estas pueden haber sido por cierto tiempo, concluido el cual se separaron y se llaman temporales, ó para siempre y se llaman perpétuas; pudiendo probarse por los modos siguientes: Por instrumento público fehaciente otorgado en sanidad ó por causa de muerte, en que conste que el mismo fundador despues de formalizada la fundacion, ó algun poseedor ú otra persona lo hizo. A falta de este instrumento por testigos fidedignos que depongan contestes haberlo visto y leído, y que tenia la agregacion. No habiendo instrumento ni testigos, por otras escrituras otorgadas por el agregante en que refiera los bienes agregados al mayorazgo; ó por las otorgadas por sus poseedores en las que refieran la de agregacion, y que como bienes agregados y vinculados las poseyeron. En defecto de los tres medios espuestos, por el legal trascurso de tiempo aunque no sea inmemorial, con posesion de todos los bienes en concepto de vinculados y agregados, justificando que

(1) Ley 1, tit. 17, lib. 10, N. R.

así la gozaron sus poseedores, y que por esta causa jamás se dividieron entre los respectivos herederos de cada uno. Las cosas así agregadas siguen las condiciones de las otras que constituyen el mayorazgo.

6. A pesar de estar en el día abolidos los mayorazgos, creemos sin embargo que no será inoportuno dar una ligera noticia acerca de los medios de que pueda hacerse uso para obtener la posesion de un mayorazgo vacante. El que aspire á ella puede efectuarlo valiéndose de alguno de estos tres medios: 1.º Pidiendo la posesion ante la justicia ordinaria del pueblo donde estén sitos los bienes: 2.º Contradiendo á alguno semejante posesion, y solicitando se le ponga en ella con exclusion del que la tomó, cuyo juicio se sigue ante la misma justicia si es competente: 3.º Usando del interdicto de tenuta con el prévio artículo de administracion, el cual se forma por un *otro sí* en la misma demanda. En dicho artículo se determina la tenencia provisional á favor de la parte por quien milita mayor probabilidad, segun el estado del proceso, mientras se declara la pertenencia de la posesion ó bien entretanto que se ponen los bienes en secuestro.

7. Estos artículos de administracion deben sustanciarse en el término perentorio de cuarenta dias, contados desde la presentacion de la demanda en la escribanía, y deberá recibirse el pleito á prueba en lo principal, en el mismo auto en que el tribunal provea la administracion ó secuestro, sin que se pueda suspender ni prorogar con ningun pretesto ni motivo (1). Dicho auto debe notificarse de oficio en el término de ocho dias, sin perjuicio de sus legítimos dere-

chos, pena de doscientos ducados al escribano que así no lo hiciera; no debiéndose admitir apelacion ni otro recurso á ninguna de sus partes.

8. El interdicto posesorio definitivo ó la posesion civil y natural se decide definitivamente en el auto llamado de tenuta, voz que en la práctica se estiende ya á la posesion. La tenuta se asemeja al interdicto *uti possidetis* del derecho romano: es extraordinario y de diversa naturaleza que los demás interdictos, y se introdujo para la breve y sumaria ejecucion de lo prevenido en la ley 45 de Toro. Para entablar la demanda de tenuta es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1.º Que el que la entable sea llamado á la sucesion del mayorazgo, y tenga las cualidades que exige el llamamiento: 2.º Que haya llegado el caso de éste: 3.º Que ocurra al tribunal competente para esta clase de negocios á poner la demanda dentro de los seis meses siguientes al día, en que por la vacante del mayorazgo se dió su posesion á alguno de los interesados (1), justificándolo con la fé de muerto ó testimonio correspondiente autorizado de escribanos públicos, presentando poder especial.

9. El término de los seis meses es perentorio, y una vez pasado no debe ser admitido el pretendiente ú opositor que comparece por su propio derecho; porque se le considera extraño al pleito y nuevo actor, cuya accion no es admisible á causa de hallarse escludida por la ley. Así es, que contra el referido término no se concede absolutamente á nadie el beneficio de la restitucion, ni contra la omision en hacer pruebas, ni para tachar testigos. Tampoco hay en el juicio de tenuta publicacion de probanzas; bien que siempre

(1) Ley 8, tit. 24, lib. 11, N. R.

(1) Ley 8, tit. 24, lib. 8, N. R.

queda á salvo el derecho para deducirlo en cuanto á la propiedad. Solórzano tra- en juicio de propiedad, pues la sentencia ta la cuestion de si la tenuta tendrá lugar de tenuta como meramente posesoria, no en los mayorazgos de América, y se deci- declara dominio ó pertenencia, ni produ de por la afirmativa, á pesar de haberse ce excepcion de cosa juzgada, mediante resuelto lo contrario en junta de Conse- la reserva que se deja á los interesados jeros de Castilla é Indias.

CAPÍTULO V.

DE LOS PATRONATOS.

1. ¿Qué cosa es patronato y en qué consiste este derecho?
2. Divídese el patronato en hereditario, gentilicio y mixto. Varias subdivisiones del mismo.
3. Otra subdivision en eclesiástico, laico y mixto.
4. El derecho de patronato es indivisible y se adquiere originariamente de cinco modos.
5. Pueden ser patronos clérigos y legos, hombres y mugeres, adultos é impúberos.
6. Los patronos eclesiásticos tienen seis meses para presentar, y los seglares cuatro, á excep- cion del patronato mixto, en que legos y eclesiásticos tienen aquel plazo.
7. El patrono eclesiástico no puede hacer mas de una presentacion en cada vacante; pero no así el lego, pues tiene facultad de presentar varios sugetos, entre quienes elige el obispo.
8. Cuando el patrono es una corporacion, deben ser convocados al acto de presentar todos sus individuos.
9. Si el derecho de presentar corresponde á varios sugetos que no forman corporacion, ob- tiene el beneficio el que reúne mayor número de votos.
10. Dada la institucion al presentado, cesan las facultades del patrono.
11. Si interviene algun interés á favor del patrono, es simonáica la presentacion.
12. ¿Cuándo la sucesion del patronato se verifica por cabezas, y cuando por ramas?
13. ¿Quiénes no pueden ser patronos?
14. ¿Por cuántas causas se trasfiere á otros el derecho de patronato?
15. ¿Por qué medios se estingue este derecho?

1. Las palabras *patronato*, *patronaz- go* y *patrono* tienen en el derecho varias significaciones. A veces se entiende por patrono el abogado, y por patronato la accion que tiene por la ley á defender á su cliente. Tambien se llama patrono el señor respecto de su esclavo manumi- tido, conservando sobre éste varios dere- chos llamados igualmente de patronato. Pero en el presente capítulo se trata úni- camente del *patronato eclesiástico*, el cual es un derecho concedido por la Iglesia para nombrar persona que haya de ser promovida á algun beneficio eclesiástico con otros honores, utilidades y cargos que tienen establecidas los sagrados cá- nones en favor de algun individuo ó cor- poracion por haber fundado, construido ó dotado alguna iglesia por sí mismo, ó por suceder legítimamente á los bienes que lo hicieron (1). Consiste, pues, el de- recho de patronato en honor, utilidad y gravámen: honor, en la regalía de pre- sentar sugeto para que se le confiera el beneficio, y en ocupar puesto preferente en la iglesia sobre cualquier individuo,

(1) Ley 1, tit. 15, p. 1. Ferr. *Biblioth.* en la palabra *jur patronat.* art. 1, núm. 2.

á excepcion del señor territorial: utilidad, en percibir los emolumentos que le estén asignados en la fundacion, y en ser alimentado por la iglesia en caso de quedar reducido al extremo de carecer de medios de subsistir (1); y gravámen, en cuidar de la conservacion de la misma iglesia y de sus fincas, cumpliendo las demás obligaciones que le impuso el fundador (2). Pero no tiene jurisdiccion ni potestad para gravar á la iglesia ni al beneficiado con ninguna especie de carga, excepto las que hubieren sido impuestas en la fundacion con consentimiento de la autoridad eclesiástica, cuya intervencion es forzosa en tales fundaciones (3). Tampoco puede apropiarse los bienes de la iglesia, disponer de ellos, ni visitarlos, si en la fundacion no está espresa semejante facultad, pues debe estarse á lo que de ella constare (4). El que tiene este derecho se llama *patrono*.

2. Divídese el derecho de patronato en *hereditario*, *gentilicio* y *mixto*; el *hereditario* es el que se trasfiere á los herederos aunque sean estraños; el *gentilicio* ó *familiar* es el que compete y se deja solamente á la familia del fundador; y el *mixto* es el que requiere las dos circunstancias de pariente y heredero. Subdivídese en *activo* y *pasivo*. El *activo* es el que tiene el patrono de presentar á otro para un beneficio eclesiástico; y es de dos maneras, *real* y *personal*: el *real* es el que está anexo á cierta cosa ó lugar determinado, v. g. á una heredad ó viña &c., en cualquiera parte que se halle, y pasa al que la compra ó se le dona, aun-

que no sea heredero; y el *personal* es el que compete á la persona del patrono sin conexion ni dependencia de tal cosa ó lugar. Y el *pasivo* es el que tienen algunos de la tal familia ó lugar para ser presentados en el beneficio siendo idóneos, sin que ningun otro pueda obtenerle.

3. Se subdivide así mismo en *eclesiástico*, *laical* y *mixto*. El *eclesiástico* es el que se erige de bienes eclesiásticos, ó aunque se erija en laicales, se transfiere al principio á iglesia, cabildo, colegio ó persona eclesiástica por razon de la iglesia, dignidad ó beneficio; ó despues por testamento, donacion, fundacion ó de otro modo. El *laical* es el que compete al lego ó clérigo, no por razon ó respecto de la iglesia, dignidad ó beneficio, sino por la del patrimonio; y el *mixto* es el que se compone de eclesiástico y laical (1).

4. El derecho de patronato es indivisible, y así aunque los patronos sean muchos, tienen igual derecho á presentar; y se adquiere originariamente por fundacion, edificacion, dotacion, privilegio y prescripcion. (2). No puede el patrono presentarse á sí mismo por idóneo que sea, y cualesquiera estudios y méritos que tenga; lo cual se entiende, aunque sea procurador, porque entre el que presente y el presentado ha de haber distincion de personas, y lo que uno hace por procurador, se entiende hacerlo por sí propio; pero bien puede presentar á su hijo siendo idóneo; y si los patronos son muchos presentarse unos á otros, no habiéndolo prohibido el fundador del patronato (3).

5. Pueden ser patronos clérigos y le-

(1) Reinf. lib. 3, tit. 38, §. 5, n. 110 al 119. Ley 2, cit. tit. 15.

(2) Ley 3, tit. cit.

(3) Reinf. ibi na. 120 y 121.

(4) Conc. Trid. sess. 22. *De reform.* cap. 11, sess. 24, cap. 3 y sess. 25, cap. 9. Reinf. ibi. n. 122 al 124. Ley 4, eod.

(1) Ferr. loc. citat. n. 3 y sig.

(2) Ley 12, tit. 15, part. 1. Ferr. ibi n. 19 al 41.

(3) Ley 7, tit. 15, part. 1. *Fras. De regio patronat. Indiar.* cap. 33.

gos (1), hombres y mugeres (2), adultos é impúberos (3); pero éstos, aunque antes de los siete años pueden adquirir el derecho de patronato, no pueden presentar, porque carecen del uso de razon, por lo que deben hacerlo en su nombre los tutores (4); però siendo mayores de dicha edad, no solo pueden hacer la presentacion ó nombramiento, sino comparecer en juicio sobre asuntos beneficiales y espirituales sin la autoridad de ellos (5); bien que conviene que concurran á ella ó la aprueben; y si han entrado en la pubertad, no tienen potestad los tutores para presentar sin su consentimiento, ni vale la presentacion, porque éstos no se dan á los menores para lo espiritual y eclesiástico, ni en tales materias tienen sobre ellos autoridad alguna (6).

6. Los patronos legos tienen cuatro meses para hacer la presentacion, y los eclesiásticos seis, si el fundador no se limita como puede hacerlo. Si dentro de ellos no la hacen ó discuerdan en la eleccion, y por esta causa, ó sobre el derecho de patronato se mueve pleito, y no se decide en dicho término, espírita por aquella vez su potestad de presentar, y se devuelve al ordinario diocesano á quien por derecho toca (7); el cual se ha de arreglar á la fundacion y puede pro-

rogárselo; pero no restringírselo despues de prorogado, ni nombrar á los que carecen de las cualidades apetecidas por el fundador (1). Siendo patronato mixto, á todos los patronos se permite hacer la presentacion dentro de los seis meses, aunque la menor parte sea de clérigos, porque el patronato mixto goza del privilegio de patronato eclesiástico, y lo mas digno atrae á sí lo menos digno (2); previniendo que el término prefinido no corre hasta el dia en que los patronos saben la vacante (3); bien que algunos dicen lo contrario, y que si el presentado renuncia la presentacion ó no la consiente ó muere, se deben empezar los respectivos cuatro y seis meses desde esta época, no interviniendo ningun género de fraude (4).

7. Entre el patrono eclesiástico y el seglar ó lego, hay otra notable diferencia que consiste en que el eclesiástico solo puede presentar un sugeto en cada vacante, y si hace nueva presentacion se tiene por no hecha, y el obispo está obligado á instituir al primero. Pero el patrono lego puede hacer dos ó mas presentaciones, á fin de que el obispo confiera la institucion del beneficio á cualquiera de los nombrados; mas esto se entiende cumulativamente: es decir, que no

(1) Cap. *quoniam* 3 cap. *cum autem* 24. *De jure patronat.* y cap. *Decernimus* 32, caus. 16 q. 7.

(2) Cap. *Ex liter.* 7 *de jure patronat.* Argum. cap. *cum dilecti* 16 *de concess. praebe.*

(3) Argm. cap. *Prac. mentis* 26, *Frigentius* 27, *Quicumq.* 30, *Filiis* 31, *Decernimus* 32 y *Monasterium* 33, caus. 16, q. 7.

(4) Grac. *De benef.* part. 5, cap. 9, n. 193. Reinf. lib. 3, tit. 38, n. 38.

(5) Cap. *fin de judic* in 6, *Vela dicert.* 6 á n. 61. Narb. ann. 14 y 23, Rot. in *antig.* dec. 6 *De jure patronat.* Garc. loc. cit. n. 186. Reinf. eisd. loc. et. n.

(6) *Si unum quator.* dec. 3 *de judic* in 6. Garc. part. y cap. cit. n. 193. Reinf. ibi n. 41.

(7) Cap. *Quoniam.* 3 y *cum propt.* *de jure patronat.* cap. *Si laicus* §. *Verum de jure patronat.* in 6 cap. *Licet.* 3 *de supplend. neglig. prael.* y cap. *Nulla* 2 *de concess. praebe.* Rot. in *Nov.* dec.

6 *de jure patronat.* Leyes 6 y 11, tit. 15, part. 1. Garc. *De ben.* part. 10, cap. 9. Lara *De capell.* lib. 2, caps. 9 y 10.

(1) Rota *Recent.* part. 17, dec. 13, n. 2. Barbosa. part. 3 *De off. et potest. episc.* allegat. 72, n. 143 y 170, y cap. *indultum* 27 *De reg. jur.* in 6. Lara ibi cap. 10, ns. 27 y 28.

(2) Rota *Recent.* part. 12, decis. 250, n. 13, decis. 13, 14 y 15, y part. 13, decis. 379, ns. 4 y 5, y part. 19, decis. 129 y decis. 293, n. 14 y sig.

(3) Garc. *De ben.* part. 10, cap. 3, n. 15 y sig. Rot. part. 2 decia. *Recent.* 10, n. 7, decis. 173, n. 1 y decis. 406, n. 1, part. 3, decis. 377, n. 3, part. 7, decis. 221, n. 9 y part. 19, decis. 678, n. 16.

(4) Arg. cap. *Si electio* 36 *de electione* la 6. Rot. decis. 9 *De jure patronat.* in *Nov.* Lambertini. *De jure patronat.* lib. 2, part. 2, cap. 4, n. 33. Lara ibi cap. 31, ns. 50 y 51,

puede el patrono escluir á ninguno de los que antes haya elegido, pudiendo por consiguiente el ordinario instituir entre dos al que tenga por oportuno (1). Sin embargo, si el patrono al hacer una presentacion jura no hacer otra nueva, y el presentado acepta su nombramiento, se imposibilita de repetirla por aquella vez. En caso de presentar el patrono eclesiástico con cierta ciencia á un indigno, no tiene accion á elegir á otro, y el obispo nombra por sí beneficiado en aquella vacante; mas si el patronato fuese lego, no tendrá tal facultad el obispo sino cuando pasados los cuatro meses no haya hecho aquel nueva presentacion (2). Mas nada de esto sucede quando se ignora la incapacidad del presentado, pues entonces debe decir al patrono que haga nueva eleccion (3), aun quando éste fuere eclesiástico (4).

8. Siendo muchos los patronos y los presentados, si los patronos constituyen un cuerpo, v. g. un cabildo, colegio ó comunidad, deben ser convocados todos los que tienen voto para hacer la presentacion, de tal suerte, que uno que falte por no haber sido convocado, basta para anularla, aunque todos los demás concuerden en un sugeto.

9. Si el derecho de presentar compete á muchos, no como cuerpo, sino separadamente á cada uno, obtendrá el beneficio aquel que siendo digno, consiga mayor número de votos que cualquiera otro de sus competidores: es decir, que se ne-

cesita mayoría respectiva no absoluta: v. g., hay ocho patronos, de los cuales, tres presentan á Juan, dos á Diego, y de los tres restantes cada uno presenta al suyo: en este caso Juan, como con mayor número, obtendrá y será el predilecto, sin embargo de que todos los coopositores sean mas dignos que él; pero si es indigno, y sabiéndolo los patronos lo presentan, le preferirán los otros, porque en este caso todo el derecho se devuelve al presentado por la menor parte. Si dos son presentados por dos patronos iguales en votos, ninguno de ellos adquiere prelacion, por lo que el ordinario debe presentar al mas digno; y si en ambos concurren iguales méritos, puede preferir á su arbitrio al que de ellos mejor le parezca; porque en este caso, como hay discordia entre los patronos, es árbitro de proveer y elegir á su voluntad: con la diferencia de que siendo legos éstos, ha de aguardar á que pasen los cuatro meses en que se les permite variar la presentacion; mas siendo eclesiásticos, al instante, porque como no se les permite la variacion, se le devuelve inmediatamente el derecho que ellos tenian (1). Previendo, que si aparecen dos instrumentos hechos en un mismo día á favor de dos sugetos sobre la presentacion de algun beneficio por un patrono, de los cuales el uno contiene la hora de su otorgamiento, y el otro no, se deberá estar al que la contiene, como mas plena que el que carece de ella (2); á menos que se pruebe haberse otorgado primero éste, pues de que no contenga la hora no se deduce que fué hecho posteriormente, ni es requisito preciso el ponerla en los instrumentos, porque no lo manda la ley (3).

(1) Ley 6, tit. 15, part. 1, caps. 28 y 29 *De jur patron.* Lara lib. 2, de capellan, cap. 9.

(2) Reinf. lib. 3, tit. 38, §. 4, n. 90. Ley 7, tit. 15, part. 1, caps. 5, 24 y 29 *De jur patron.*

(3) Cap. cit. *De jur patron.*

(4) Si la indignidad del presentado consiste en la falta de ciencia, se supone siempre que la ignora el patrono, porque suelen engañar las apariencias. Carden. de Luca *De jur patron* disc. 47, n. 4.

(1) Reinf. ibi n. 85 al 90 y otros que cita.
(2) Felin, in cap. *Pastoral de rescript.*
(3) Quando son varios los patronos de un beneficio pueden convenir entre sí con anuencia

10. Conferida la institucion al presentado, cesan de todo punto las gestiones del patrono, sin que tenga respecto del instituido ni de su beneficio la menor facultad ni intervencion, hasta que por nueva vacante vuelva á presentar de nuevo.

11. Los patronos nada deben recibir del presentado, á menos que el fundador le haya mandado contribuir con algo (1); y si se da ó promete por tener y ganar los votos ó presentaciones de ellos, se comete simonía (2); lo cual se entiende, aunque el mismo presentado lo ignore (3).

12. La sucesion del patronato hereditario ó mixto, se hace *in stirpes* y no *in capita*; y así muchos herederos de un patronato se reputan por uno y tienen una voz (4); pero la del patronato gentilicio ó familiar se hace *in capita* y por representacion, del propio modo que en los mayorazgos, por lo que los descendientes deben presentar en esta forma (5).

13. No pueden ser patronos los judíos, hereges ni infieles, sino solo los cristianos católicos, aunque no hayan nacido de legítimo matrimonio (6).

14. Por cuatro causas pasa el patronato de un hombre á otro. 1.º Por herencia ó sucesion, al modo que los demás bienes. 2.º Por donacion hecha con consentimiento del obispo ó iglesia de donde es patrono, ya sea dado antes ó despues

de la donacion. 3.º Por venta, no porque el derecho de patronato puede ser vendido separadamente, sino porque si se vende toda la herencia ó parte de ella por razon de la cual el vendedor es patrono, entrará en la venta el derecho de patronato, aunque en la escritura no se mencionen. Y 4.º Cuando se trueca un patronato por otro (1). Tambien pasará si se arrienda alguna villa ó heredad á que está anexo, á menos que se pacte lo contrario (2).

15. El derecho de patronato se estingue por once causas: 1.º Por la libre remision del patrono, pues puede renunciar su derecho. 2.º Cuando la iglesia se arruina, y no hay esperanza de reedificarla, ó su dotacion ó rentas perecen. 3.º Si el patrono permite que la iglesia se haga colegiata ó monasterio, porque en éstos no ha lugar la presentacion sino la eleccion. 4.º Cuando el patronato se fundó solamente para la familia, y se extingue ésta. 5.º Cuando con consentimiento del patrono se une ó se incorpora la iglesia á otra iglesia ó monasterio, porque por la union se juzga estinguida, y por consiguiente el derecho de patronato. 6.º Por el no uso del patronato en el tiempo que se requiere para la prescripcion, si en su intermedio fué instituido dos veces á lo menos el rector ó párroco, sin intervenir presentacion del patrono, y si estuvo legítimamente impedido de hacerla. 7.º Si éste intentó matar ó mutilar alevosamente al rector ó á otro clérigo de la misma iglesia, no siendo en defensa propia. 8.º Si el patrono se pervierte haciéndose herege, cismático ó apóstata de nuestra religion, pues con sus bienes se les confisca el derecho de patronato. (Ya he dicho en otra parte que en el dia no

del obispo en presentar por turno cada uno de ellos, y tambien suele acordarse así en la fundacion, sin que esto induzca nulidad alguna.

(1) Cap. *Sicut*. 2. *De supplend neglig. praelat* y cap. *Praeterea* 23. *jure patron.*

(2) Cap. *Veniens* 9. *De Simon.* y ley 3, tit. 17, part. 1.

(3) Cap. *Nobis* 27. *De Simon.* y cap. *Si aliquis* 59. *de election.*

(4) Ferr. loc. cit. na. 11 y 12.

(5) Clem. *Plures* 2. *de jur. patron.* y ley 2, tit. 15, part. 1.

(6) Rot. part. 5, tom. 1, decís. 285, n. 10, par. 7, decís. 180, n. 4, part. 4, tom. 2, decís. 47, n. 2, y part. 13; decís. 83, n. 21, y decís. 103, n. 3.

(1) Ley 8, tit. 15, part. 1. Ferr. ibi art. 2.

(2) Ley 9, tit. 15, part. 1.

tiene lugar la pena de confiscacion.) 9. ^o Cuando se entromete en la disposicion ó percepcion de frutos contra lo preceptuado por el santo concilio de Trento en las ses. 22, cap. 11 *De reformatione*. 10. ^o Si el patrono vende ó trasfiere en otro el derecho de patronato de algun otro modo prohibido por los sagrados cánones.

Y 11. ^o Cuando en su adquisicion comete simonia, pues debe ser privado de él (1). Por lo demás debe el obispo favorecer á los patronos y no suscitales estorbos ni dificultades en el uso de su derecho, pues la iglesia se lo ha concedido en reconocimiento de su generosidad y munificencia (2).

CAPÍTULO VI.

DE LAS CAPELLANÍAS.

1. ¿Qué es capellanía y de cuántas especies las hay?
2. Circunstancia de las capellanías mercenarias en que el capellan administra sus bienes.
3. En ellas no hay necesidad de otro título que el simple nombramiento del patrono.
4. Dichas capellanías no pueden convertirse en colativas, ni prestar título para ordenarse, si no lo espresa su fundacion.
5. ¿Cuáles son las capellanías colativas y qué circunstancias concurren en ellas?
6. ¿Qué se entiende por capellanías gentilicias?
7. ¿Quiénes no pueden ser ordenados á título de capellanía colativa?
8. Las capellanías laicales y colativas pueden fundarse por contrato y por testamento.
9. Disposiciones eclesiásticas en orden á los requisitos que deben tener las capellanías para poderse ordenar á título de las mismas, y demás que comprende la bula de Inocencio XII.
10. ¿Cómo se sucede en las capellanías colativas?

1. Es toda capellanía una carga obligatoria de celebrar en determinada capilla, iglesia ó altar, cierto número de misas anuales, cuya aplicacion está designada por su fundador (1). Hay capellanías de tres clases, que son: *mercenarias, colativas y gentilicias*. De las *mercenarias*, que tambien se llaman *profanas y laicales*, hay dos especies: una comprende las que con propiedad se llaman *capellantas laicales, memorias de misas ó legados pios*, porque son fundadas sin autoridad del papa ni del obispo ú ordinario diocesano, á cuyo título ninguno puede ordenarse, porque vienen á ser salarios ó estipendios de los sacerdo-

tes que han de celebrar las misas (3), y por otro nombre llaman patronatos reales de legos, á modo de vínculos ó mayorazgos; con el gravámen y obligacion de mandar celebrar su poseedor en la iglesia, capilla ó altar que el fundador destina, las misas que prefine, con la condicion de que sus bienes estén siempre sujetos á su responsabilidad, y con facultad de que el patrono pueda nombrar sacerdote que las celebre, y removerle cuando quiera (por lo que se llaman *amovibles á voluntad*,) ó mandarlas celebrar sin necesidad de nombramiento, recogiendo re-

(1) Reinf. lib. 3, cap. 38, § 5, n. fin.

(2) Ley fin, tit. 15, part. 1, Lambertin. *De jure patron* lib. 2, part. 3, q. 5, princip. art. 4, n. 12.

(3) Navar. cons. *De praebeñd.* Mostaz. lib. n. 7.

(1) Lara de *De capell.* lib. 2, cap. v. n. 1. Mostaz *De causis piis* lib. 3, cap. 1, n. 2.

cibo del colector ó sacerdote conocido que las diga. En esta clase de capellanías puede conocer el obispo, no de sus bienes, porque son absolutamente profanos, ni de su presentacion, sino solamente del cumplimiento de las misas que debe acreditarle el patrono ó poseedor de los bienes gravados con ellas, y así no se paga subsidio ni otro derecho por las mismas: el patrono aunque sea casado ó hembra, posee sus bienes como de mayorazgo: de su sucesion debe conocer juez secular; se sucede por las mismas reglas que en los mayorazgos; y se llama vínculo ó mayorazgo cuando la fundacion y sucesion es perpétua, y los bienes de su dotacion son indivisibles (1). Por tanto de esta clase de capellanías debe decirse lo mismo que se dijo en el tratado de los mayorazgos, pues se siguen las mismas reglas. En el día está prohibida su ereccion como se verá adelante.

2. La segunda clase es de la misma naturaleza, á diferencia de que el capellan cumplidor (que así se llama) administra sus bienes, goza todo su producto, debe hacer constar, y no el patrono, su cumplimiento y debe con las rentas tener sus fincas bien reparadas, de modo que no se aniquilen ni deterioren; pero ni en unas ni en otras tiene lugar lo dispuesto por los sagrados cánones en orden al término para su presentacion, ni por consiguiente hay colacion ni canónica institucion, ni en los bienes de ellas tiene que intervenir el ordinario diocesano. Pueden conferirse estas capellanías cumplideras á memorias de misas á presbíteros para que las celebren; y tambien á legos de cualquiera edad indistintamente, á menos que disponga otra cosa el

fundador (1). Confiándose á lego, debe mandar cumplir sus cargas, arreglándose á la fundacion; pero el ordinario eclesiástico no tiene derecho á proveerlas, ni á conocer de sus bienes, por ser privada esta facultad del patrono, el cual por medio del juez secular puede compeler al capellan cumplidor á que cuide de su conservacion, y en su defecto embargarle la renta, y por esta ú otra causa ó sin ella quitarle el patrono la capellanía, mandándolo así el fundador; y si el capellan fallece, y el patrono tarda en nombrar otro, puede el mismo juez secuestrar sus fincas, repararlas, cumplir sus cargas, y depositar el sobrante á fin de que lo lleve el que luego nombre: para todo lo cual, como tambien para dentro de qué tiempo se deben poseer, pues el derecho real no lo prefiere, servirá de regla la fundacion.

3. El título ó nombramiento del patrono es lo único que se requiere para gozar estas capellanías laicales, y ni aun hay necesidad de posesion en ellas, á menos que lo mande espresamente la fundacion; y si el capellan quiere tomarla á efecto de que le reconozca por tal los inquilinos y contribuyentes, y le acudan con sus rentas, ha de ser ante el juez real. Pueden hacerse incompatibles absolutamente para todos las capellanías, ó limitadamente para algunos, de suerte que el que las goce no obtenga otras colativas ni laicales, ni beneficios; pero este gravámen de incompatibilidad no debe imponérseles, excepto que las rentas sean suficientes para mantenerse con la decencia correspondiente, pues de lo contrario se estimará por no impuesto. Si el fundador manda que se confiera á presbítero; que lo líquido de las rentas, ba-

(1) Leyes 13 y 14, tit. 7, lib. 5, R., ú 8 y 9, tit. 17, lib. 10, N. Roy. De incompat. part. 1, cap. 7, n. 34 y sig.

(1) Mostaz. lib. 3, dho. cap. 2, n. 43.

jados derechos de visitas, gastos de cobranza, se invierta en misas de cierta cuota v. gr. de doce, de quince ó veinte reales, y que el capellan celebre por su persona en iglesia determinada las que á este respecto quepan; debe mediante la precisa personalidad y localidad que impone, espresar si el capellan ha de entregar al sacerdote que las celebre la propia limosna; ó la establecida por el sínodo, en caso que por estar ausente, enfermo ó por otra causa, no celebre algunas, ó lo que se deberá practicar; pues por falta de esplicacion de la voluntad de los fundadores se suscitan dudas, fundadas en la obligacion personal de celebrarlas, y en que por no ser colativas ni ordenarse el capellan á título de ellas, debe entregar toda la renta ó limosna y reputarse las mismas por manuales, de las que los decretos pontificios prohíben al capellan á quien se dan retener parte alguna.

4. Estas capellanías no pueden hacerse colativas, ni ordenarse alguno á título de ellas, aunque el patrono y capellanes lo quieran, excepto que la fundacion permita que se ordenen todos ó algunos por via de patrimonio. Y aunque durante la vida de los ordenados se espiritualizan sus bienes, no por eso debe pagarse subsidio ni otro derecho por ellas, ya se dejen á eclesiásticos ó á legos, porque para esto es preciso que desde su creacion se espiritualizen, constituyéndose perpétuamente colativas á modo de los beneficios eclesiásticos: ó que su fundador mande que sus bienes pasen á la iglesia, que subsistan bajo su dominio, y que los administre el capellan y perciba sus frutos por estipendio ó limosna de celebrar las misas; y fuera de estos dos casos es lo mismo que si los capellanes se ordenasen á título de bienes suyos propios, por lo que no se pa-

ga; y para que no se duden si son colativas ó laicales, se estenderá la cláusula de la fundacion *permitiendo que los capellanes se ordenen á título de sus bienes, como á título de patrimonio ó hacienda suya propia*, con lo cual se entenderá que son puramente laicales (1). Si son instituidas para parientes, han de justificar su parentesco ante el juez real, á menos que el fundador mande que la goce el que elijan los patronos á su arbitrio, sin atender á la proximidad de grado (que es lo mejor, con lo cual se evitan pleitos y los daños que de ellos se siguen), para todo lo cual servirá de norte la fundacion, en cuya estension debe poner sumo cuidado el escribano distinguiendo claramente éstas de las colativas, á fin de evitar dudas y altercados en lo sucesivo.

5. Las capellanías *colativas ó eclesiásticas* son las que se instituyen con intervencion y autoridad del Papa ó del obispo, la cual se requiere que sean de esta calidad (2); y así se llaman en cierto modo *beneficios eclesiásticos*, y en ellas tiene lugar lo dispuesto en éstos; bien que con causa pueden quitarse al capellan por el obispo ó patrono, permitiéndolo la fundacion (3), sin que por eso dejen de ser perpétuas; y sus bienes se espiritualizan para siempre desde que se fundan. Puede tocar á persona lega ó eclesiástica su presentacion ó nombramiento, segun lo disponga el fundador; pero la colacion ó canónica institucion ó investidura, el cuidado de la conservacion de sus fincas y del cumplimiento de

(1) Mostaz dicho cap. 2, números 7 y 44 al 48 y otros que se cita.

(2) Cap. *Adhace* 4. *De relig. domib.* Mostaz. *De caus. piis.* lib. 3, cap. 1, núm. 7 y cap. 3 núm. 1.

(3) *Pet. Greg. De re benefic.* cap. 29, núm. 5; Mostaz dicho núm. 7.

sus cargas, y el conocimiento de la legitimidad de los pretendientes, si son fundadas para consaguíneos, corresponde privativamente al ordinario diocesano en cuyo territorio están fundadas, de suerte que el patrono tiene solamente la regalía de nombrar capellan dentro del término prescripto por derecho canónico, que espresé en el párrafo 6,^o del capítulo anterior, y el nombrado por él será preferido á los colitigantes que no lo estén, y se halla en igual grado con ellos, y adornado de las demás cualidades por el fundador, y no de otra forma: por lo que estas capellanías se llaman así con propiedad, y sus bienes son puramente eclesiásticos; pero aunque sean fundadas por contrato entre vivos, pueden revocarse como laicales, á menos que intervenga algunas de las causas porque las donaciones perfectas se constituyen irrevocables, y que el ordinario las apruebe, haciendo la colacion y canónica investidura en el primer nombrado. Pueden conferirse á presbíteros ó á los que no lo sean, á fin de que se ordenen á título de ellas, segun lo disponga el fundador; y para su obtencion, siendo colativas simples sin cura de almas, ha de tener el capellan catorce años (1), excepto que el fundador mande conferir las á los de menor edad, ó nada diga sobre esta circunstancia, pues entonces en entrando en los siete años, aunque no estén cumplidos, pueden ser admitidos á su goce (2). Siendo beneficios con cura de almas ó curados, han de tener veinticinco (3); y el fundador puede así mismo imponer

en ellas la incompatibilidad, como en las laicales, y las condiciones honestas que le parezca. En las capellanías colativas no adquiere su posesion el presentado por solo el nombramiento sin la institucion; y el fundador de ellas puede en su fundacion con consentimiento del obispo limitar y ampliar el término á los patronos para hacer la presentacion; pero siendo beneficio curado ó parroquial, no puede hacer ampliacion del legal, porque de ello se sigue perjuicio á las almas, lo que no sucede en las simples aunque sean colativas.

6. Las gentilicias son como las anteriores, á diferencia de que el patrono es siempre lego; y por ser colativas no puede el fundador prohibir al obispo que haga su colacion y canónica institucion, cuidando de la conservacion de sus fincas y cumplimiento de sus cargas, ni que conozca de la legitimidad de los aspirantes, si son fundadas para parientes; y si se lo prohíbe el fundador, se tendrá por irrita y nula su disposicion (1).

7. No pueden ser ordenados á título de las referidas capellanías colativas, los que tienen impedimento legal y canónico hasta que se les remueva, y son los siguientes: el que no ha nacido de legítimo matrimonio: el bígamo, ya esté viudo ó viva su muger primera: el homicida voluntario: el siervo: el que hizo penitencia pública: el que estando gravemente enfermo se bautizó por temor de la muerte: el bautizado dos veces con cierta ciencia: los estraños é ignotos, sino con dimisorias ó testimoniales de sus preladados: el hermafrodita: el que por razon de mayordomía ó administracion de rentas públicas está obligado á dar

(1) Concil. Trid. sess. 23 *De reformat.* cap. 6, y ley 3. tit. 16, part. 1.

(2) Mostaz, lib. 3, cap. 3, núm. 21 al 28.

(3) Cap. *Cum incunctis*, 7 § fin. *De elect.* cap. *Licet canon* 14 eod. tit. in 8, Concil. Trid. sess. 24 *De reform.* cap. 12. Mostaz ibi. núm. 20.

(1) Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *capellanía*.

cuentas: la muger, ni el menor de siete años (1).

8. Las espresadas capellanías laicales y colativas pueden fundarse por contrato y última disposicion, y ser amovibles á voluntad de los patronos, si así se espresa en la fundacion; pero entonces nadie podrá ordenarse con ellas por falta la perpetuidad al título, y no ofrecer seguridad en la cóngrua. En este caso no obstará para dicho efecto la institucion que el capellan recibe, pues este requisito no muda su naturaleza. Sin embargo, puede el patrono renunciar aquel derecho por una vez, y previo consentimiento del obispo, servirá de título para que el capellan se ordene (2).

9. El sumo pontífice Inocencio XII en su bula *Apostólica ministerii* de 13 de Mayo de 1723, manda que á ninguno que tenga beneficio ó capellanía, cuya renta anual no llegue á la tercera parte de la cóngrua, se confiera la primatonsura con motivo de adquirir derecho al beneficio ó capellanía; que los patronos, así eclesiásticos como seculares, puedan hacer nombramiento de ellos, no como beneficios eclesiásticos, sino como legados pios; y que los nombrados á su goce aunque no estén tonsurados, los posean como tales legados con la obligacion de cumplir todas las cargas impuestas por los fundadores. Y por el párrafo 13 de la carta encíclica ó circular de la cámara, su fecha 12 de Junio de 1769, dirigida á los Sres. obispos de estos dominios, se les encarga que supriman ó estingan dichos beneficios y capellanías, convirtiendo éstas en legados pios en la forma prescrita por el párrafo 8 de la ci-

tada Bula. Lo que tendrá presente el escribano, y prevendrá á los fundadores, á fin de que las doten bien, y no las dejen incongruas, para que los capellanes se ordenen con ellas, pues importa muy poco ó nada el que quieran erijirlas colativas, y que las den este título, si por el espíritu y naturaleza de la fundacion y sus cláusulas, ó por insuficiencia y tenuidad de sus rentas, desdicen del verdadero concepto de tales; y así se debe atender á la esencia y naturaleza de las cosas, no á las palabras con que se esplican, porque éstas no las constituyen (1); y además si tienen poca renta y muchas cargas, reduce éstas el ordinario á instancia de los capellanes, y mas vale que el fundador imponga pocas (pues la misa es de infinito precio), que dar lugar á que otro interprete á su arbitrio su voluntad por consideracion al tiempo de la fundacion, ó que tal vez se frustre de todo punto su cumplimiento (2).

10. Cuando en la fundacion de las capellanías colativas no hay cláusula alguna que determine el modo de suceder, se atenderá á la proximidad de parentesco con el fundador, y no con el último poseedor, pues en ellas no se sucede por representacion como en la sucesion regular de los mayorazgos y patronatos. Así muerto el capellan, aunque pida la pose-

(1) Castill. *De aliment.* cap. 7, núm. 14. Barb. *De jur. Eccles.* lib. 3, cap. 4, núm. 30.

(2) Por disposicion del Sr. Carlos IV, fecha en 1795 (ley 18, tit. 5, lib. 1, N. R.), se manda que se imponga y exija un quince por ciento sobre todos los bienes con que se funden capellanías eclesiásticas ó laicales, perpétuas ó amovibles á voluntad, con destino á la estincion de los vales reales. Poco tiempo despues consultó el intendente de Jaen sobre si estaban ó no sujetos á dicho pago los bienes empleados en fundacion de patrimonios eclesiásticos temporales, y la real cámara resolvió en 16 de Marzo de 1796, que por entonces no se exigiera el citado quince por ciento de los bienes á que hace relacion la consulta.

(1) Ley 12 hasta la 27, tit. 6, part. 1.

(2) Garc. *De benef.* part. 1, cap. 2. núm. 81 y 7 cap. 1, núm. 102.

sion un hermano suyo no se le debe dar, á la mayor proximidad de parentesco sino fijarse edictos llamando á los pa- con el que hizo la fundacion, y á la rientes del fundador para adjudicársela edad y demás circunstancias que ésta al que tuviere mejor derecho, atendiendo pidiere.

CAPÍTULO VII.

DE LAS DISPOSICIONES NOVISIMAS ACERCA DE LAS MATERIAS DE ESTE TÍTULO.

1. Supresion de las vinculaciones, prohibicion de fundarlas en lo de adelante, libertad de los bienes de las que existian, y fecha desde que deben comenzar á regir estas disposiciones.
2. Los poseedores solo pueden disponer de la mitad de los bienes; reservando la otra para el inmediato sucesor; y partiendo tambien los gravámenes.
3. Requisitos para hacer válidamente la division y enagenacion de los bienes vinculados.
4. Cómo se han de entender las disposiciones anteriores en los fideicomisos familiares y mayorazgos electivos.
5. Lo dicho no tiene lugar en las vinculaciones sobre que haya juicio pendiente en cualquier punto que ponga en duda el derecho del poseedor.
6. La supresion de los mayorazgos y libertad de sus bienes no perjudican á las pensiones, alimentos y consignaciones con que estuvieren gravados de cualquier modo, y deberán pagarse á prorrata de las dos mitades.
7. Las preeminencias y prerogativas de honor de los mayorazgos suprimidos, siguen el orden de sucesion prescrito en las fundaciones.

1. Habiendo tratado hasta aquí de las disposiciones de las leyes antiguas sobre vinculaciones, con arreglo á las cuales, como ya queda indicado, deberán aun hoy decidirse los pleitos, que acerca de ellas se suscitaren sobre tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de su fundacion &c. (1), paso á referir las de las modernas. Las córtes de España en el art. 1, de su ley de 27 de Setiembre de 1820, suprimieron y declararon absolutamente libres todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos, y toda especie de vinculaciones de bienes de cualquiera clase; y en el 4.º mandaron que en lo sucesivo nadie pudiese fundar mayorazgos, fideicomisos, patronatos, capellanías, obras pías, ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enagenacion; estendiéndose la prohibicion á vincular acciones sobre bancos ú otros fondos estrangeros. Esta ley no se publicó en México; pero sin embargo el decreto de 7 de Agosto de 1823 declaró en sus tres primeros artículos que las vinculaciones habian cesado desde dicha fecha, en virtud de la citada ley, prohibiendo que pudiesen hacerse en lo sucesivo; que estaban y habian estado desde entonces en clase de libres los mayorazgos, cacicazgos, fideicomisos, patronatos ó capellanías laicas, y toda especie de vinculaciones de cualquiera clase de bienes; y que los poseedores podian y habian podido disponer libremente de la mitad de los bienes para que aquella ley los facultaba, derogándola espresamente en cuanto á la prohibicion de

(1) Art. 9 del decreto de 7 de Agosto de 1823.

fundar capellanías eclesiásticas, obras pías y adquisicion de manos muertas, de que hablan al principio del art. 14, 15 y 16, y dejando sobre esto vigentes las antiguas leyes relativas á la adquisicion de manos muertas y amortizacion.

2. Dichas leyes á la vez concedieron á los que al tiempo de su publicacion poseian mayorazgos ú otras de las vinculaciones prohibidas, facultad de disponer libremente de la mitad de los bienes, reservando (1) la otra al que debiese suceder inmediatamente en el mayorazgo, con la misma facultad de disponer libremente de ella (2), y declarándola libre de toda responsabilidad por las deudas contraidas ó que contrajese el que era poseedor (3). Los créditos con que estuviesen gravados en general todos los bienes de la vinculacion, y las cargas así perpétuas como temporales que reportasen, se han de dividir por mitad entre los bienes de que puede disponer el poseedor actual, y los que se reservan al inmediato sucesor, de manera que éste no quede perjudicado; pues si algunos bienes ó fincas particulares reportan censos ó gravámenes con hipoteca especial, y éstos se comprenden en la parte reservada para dicho sucesor inmediato, deberá el actual poseedor redimir ó indemnizarle de ese gravámen con parte de los bienes que quedan á su disposicion (4).

3. Para que pueda llevar á efecto el poseedor actual la facultad de enagenar

ó distribuir el todo ó parte de su mitad de bienes vinculados, se hará formar inventario, tasacion ó division de todos ellos con rigurosa igualdad é intervencion del inmediato sucesor; y si éste fuere desconocido, menor (1), ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el procurador síndico del pueblo donde reside el poseedor, sin exigir por esto derechos ni emolumentos algunos (2). Cuando el poseedor actual quiera disponer del total de sus vinculaciones mediante no tener sucesor conocido dentro el cuarto ó quinto grado, ó en los términos que prevenga la fundacion, podrá suplir la dificultad que presenta la prueba negativa de no tener sucesores legítimos por medio de una informacion de testigos que aseguren quedar dichos bienes por su muerte en la clase de vacantes ó mostrencos; fijándose edictos por el término de dos años, de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo de dicho poseedor, como en los lugares donde se hallen sitos los bienes amayorazgados, y en la capital con el fin de que se publiquen en el periódico oficial y otros papeles públicos, que el juez de primera instancia ante quien debe seguirse esta causa, ó gra-

(1) En el estado de México se han expedido últimamente dos leyes dignas de mencionarse aquí; una facultando á los poseedores actuales de mayorazgos para disponer del total de ellos, y otra prohibiendo en los testamentos la mejora del tercio.

(2) Artículos 2 de la ley de 27 de Setiembre y 3 de la de 7 de Agosto.

(3) Art. 2 cit. y 4 de la ley de 7 de Agosto.

(4) Art. 5 de la misma.

(1) Nótese que en el decreto de 27 de Setiembre no se encuentra prevenida la intervencion del síndico cuando un menor sea el inmediato sucesor, en cuyo caso parece debe ser representado éste por su tutor ó curador, conforme á los principios generales del derecho y segun se colige de la orden de 19 de julio de 1821, de que adelante haré mencion. Creo por lo mismo, que el decreto de 7 de Agosto no deroga esas disposiciones, y que la intervencion del síndico no la exige siempre que sea menor el sucesor inmediato, sino tan solo cuando á la vez su tutor ó curador sea el actual poseedor, como sucede en el caso de que aquel se halle bajo la patria potestad de éste.

(2) Art. 3 del decreto de 27 de Setiembre y 6 del de 7 de Agosto.

dúe por convenientes, citando y emplazando á los que se juzguen con derecho á suceder, para que comparezcan por sí ó por sus apoderados dentro del citado término; con apercibimiento de que pasado éste, se procederá á la declaracion de ser libres los referidos bienes, y que el actual poseedor pueda disponer de ellos como mejor fuere su voluntad, segun se ha practicado y practica en las causas de mostrencos, vacantes y abintestatos (1). Así mismo el poseedor actual de bienes que estuvieren vinculados, podrá enagenar los que equivalgan á la mitad ó menos de su valor sin prévia tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente, para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor. Si el inmediato fuere desconocido ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar su consentimiento el síndico procurador del lugar donde resida el poseedor, en los términos esplicados, cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores ó curadores, quienes para el valor de este acto, y salvar su responsabilidad, cumplirán con las formalidades prescritas por las leyes generales, cuando se trata de un negocio de huérfanos ó menores. En el caso de que se opongán á la venta el siguiente llamado en órden, ó los tutores ó síndicos tratándose de la enagenacion íntegra de la mitad de los bienes, se cumplirá con la tasacion íntegra prevenida por la ley; pero si solo se pretendiere una ó mas fincas, cuyo valor no alcance

á la mitad, y hubiere igualmente oposicion, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad local, y comprobado que en el valor de otra ú otras queda mas de la mitad que le es permitido enagenar, se autorice la venta por el juez, y se proceda desde luego á ella (1). Faltando los requisitos espresados en sus respectivos casos, serán nulos los contratos de enagenacion que se celebren (2).

4. En los fideicomisos familiares cuyas rentas se distribuyan entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas á proporcion de lo que perciban y con intervencion de todos ellos; y cada uno en la parte de bienes que le toque, podrá disponer libremente de la mitad, reservándose la otra al sucesor inmediato para que haga lo mismo arreglándose en la division á lo que queda prescrito. En los mayorazgos electivos, fideicomisos, patronatos ó capellanías laicas que siguen en todo la naturaleza de los primeros, cuando la elección sea absolutamente libre, pueden los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la eleccion debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad determinada, dispondrán los poseedores de solo la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido, haciéndose la tasacion y division con los requisitos ya espresados. (3).

5. Lo dicho anteriormente no se en-

(1) Orden del 15 de Mayo de 1821.

(1) Orden de 19 de Julio de 1821.

(2) Artículos 3 del decreto de 27 de Setiembre, y 6 del de 7 de Agosto.

(3) Artículos 4 y 5 del decreto de 27 de Setiembre, y 7 y 8 del de 7 de Agosto.

tiende con respecto á los bienes que fueron vinculados, acerca de los cuales pendiesen juicios de incorporacion ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion ó cualquiera otro que pusiese en duda el derecho de los poseedores actuales; en cuyo caso ni ellos ni sus sucesores podian disponer de los bienes hasta que en última instancia se determinasen á su favor en propiedad los juicios pendientes. Advirtiéndose que las disposiciones precedentes no perjudican á las demandas de incorporacion ó reversion que en lo sucesivo pudieran instaurarse, aunque los bienes que fueron vinculados hayan pasado como libres á otros dueños (1).

6. Entiéndese del mismo modo que lo que queda explicado es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deben pagar á sus madres viudas, hermano, sucesor inmediato ú otras personas, con arreglo á las fundaciones, ó convenios particulares, ó á determinaciones en justicia. Los bienes que fueron vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos ó pensiones, mientras vivan los que en el día las perciban, ó mientras conservan el derecho de percibirlos, si éste fuese temporal; excepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luego que mueran los poseedores actuales. Despues cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones ó alimentos; pero se advierte que si los poseedores actuales no invierten en los expresados

alimentos ó pensiones la cuarta parte líquida de las rentas del mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en la misma cuarta parte (1) del valor de los bienes de que puedan disponer para dotar á sus hermanas, y auxiliar á su madre (2) y hermanos que carezcan de arbitrios, con proporcion á su número y necesidades; é igual obligacion tienen los sucesores inmediatos por lo respectivo á la parte de bienes que se reserva. La parte de renta de las vinculaciones que los poseedores actuales tengan consignadas legítimamente á sus mugeres para cuando queden viudas, se pagará á éstas mientras deban percibirla segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad á costa de los bienes libres que deje su marido, y la otra por la que se reserva al sucesor inmediato. Si los poseedores actuales no tuviesen consignada cantidad alguna á sus mugeres para cuando queden viudas, careciendo éstas de bienes propios con que mantenerse en este estado, deberán percibir durante su vida la quinta parte de las rentas líquidas del mayorazgo que se les pagará en los términos explicados antes (3).

7. Las prerogativas de honor y cualquiera otras preeminencias de esta clase, que los poseedores actuales de las vinculaciones disfruten como enexas á ellas, subsistirán en el mismo pié y seguirán el orden de sucesion prescrito en las concesiones, escrituras de fundacion á otros documentos de su procedencia. Lo mismo debe entenderse con respecto á los derechos de presentar para beneficios eclesiásticos ó para otros destinos (4).

(1) El decreto de 27 de Septiembre señalaba la sexta parte.

(2) Dicho decreto no hacia mencion de la madre, solo de los hermanos y hermanas.

(3) Artículos 10 y 11 del decreto de 27 de Septiembre, y 11 y 12 del de 7 de Agosto.

(4) Artículos 13 de ambos decretos.

(1) Artículos 8 y 9 del decreto de 27, y 9 y 10 del de 7.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

Acerca de los mayorazgos.

DESFALCO QUE CAUSAN A LA FELICIDAD

GENERAL.

La difícil tarea que me impuse al emprender esta obra, de poner en la balanza filosófica todas las cuestiones que se ofreciesen en su continuacion, me obliga á combatir los mayorazgos, por los inmensos inconvenientes que causan para el desarrollo de la riqueza general y bien de los particulares. Para hacerlo, no entraré á examinar si esta institucion ignorada de la primitiva legislación trae su origen del derecho feudal ó de las instituciones; si era conocido ó no en España en tiempo de Don Alonso X; en fin, si se deriva ó no del testamento de Don Enrique II, otorgado en el año de 1374. Esta averiguacion podrá ser muy buena para el historiador legal; pero para el que solo busca la verdad económica-filosófica, apenas es de interés. Así, el hecho es que existieron entre nosotros mayorazgos sancionados por las leyes, y que las que los abolieron no lo hicieron absolutamente como debian, declarando los bienes vinculados libres en lo absoluto, sino reservando una mitad al inmediato sucesor, y como de esas mitades existen aún muchas en la actualidad, y como á ellas se puedan aplicar las muchas razones que impugnan los mayorazgos, basta esto para nuestro propósito. Y entramos en materia.

Los mayorazgos pues, que consisten en que uno goce de ciertos bienes raíces, de manera que despues de su muerte haya de heredarlos íntegros su hijo primogénito, y así sucesivamente *in infinitum*,

no pueden justificarse á los ojos de la filosofía y de la razon. ¿Cómo puede aprobarse en efecto una institucion por la que muchos se empobrecen para que uno solo enriquezca, sin mas razon que el haber nacido antes que los demás? ¡Santos cielos! ¿Es posible que no haya temblado la mano del redactor de semejante disposicion legal al estenderla? ¿Es posible que no se haya retraido de concluir la por temor de los terribles anatemas que debian recaer sobre él de parte de la multitud de personas perjudicadas por ella? Pero bien; ¿por ventura los perjuicios que se causan á los hermanos del primogénito por esta acumulacion de bienes, son compensados ó superados por los beneficios que resultan de ella? Esta es la cuestion.

Atendiendo á la esperiencia, observando los efectos que causa á un individuo el goce de una porcion de riqueza, y los que obra en otro su privacion, veremos que el bienestar de uno consiste en la satisfaccion de sus necesidades y comodidades; y por lo mismo la felicidad de uno será tanto mayor cuantos mas medios tenga de llenarlas. En dos hombres, á quienes supongamos igual cantidad de riqueza, es probable que sea igual su grado de felicidad. Pero no es exacto que cuanto mayor sea la porcion de riqueza de uno respecto del otro, haya de ser tanto mas completa su felicidad; porque al contrario lo es, que cuanto mas vaya subiendo aquella, tanto menor es la proporcion. Supongamos si no por una parte cinco hombres á quienes se hayan de repartir diez mil pesos, y por otra un hom-

bre solo; supongamos que dando á cada uno de los cinco dos mil pesos se les hace medianamente felices; ¿es creible que si se dan al otro los diez mil, y á los demás nada, será el primero cinco veces mas feliz que los otros? No lo creo: pero subamos la proporcion para hacer esto mas palpable. Figuremos que hay dos millones de pesos que repartidos entre veinte hombres los harian suficientemente felices dándole á cada uno cien mil, ¿puede presumirse que entregado todo á uno solo, éste seria veinte veces mas dichoso que aquellos? Claro es que no. Pues esto mismo sucede en los mayorazgos: se priva á los hermanos del primogénito de una porcion de riqueza, y por consiguiente de otra tanta felicidad, y no adquiriendo éste la misma que pierden aquellos, hay en último resultado un desfallo de bienestar general, además de la injusticia que contiene la medida.

PERJUICIOS DE LA INDUSTRIA.

Si es un axioma cierto en economía política que los mejoramientos que se hacen en las fincas son útiles, y contribuyen al aumento de la riqueza nacional, es claro que los estorbos que se opongan á ellos son perjudiciales á ésta, y por consiguiente á la felicidad pública. También es indudable que la seguridad de gozar, y la libertad de disponer de ellos, es el mejor fomento para ejecutarlos; y así no puede dudarse que cuanto se dirige contra estos objetos debe considerarse como un estorbo, y por lo mismo digno de ser rechazado por la legislacion. El poseedor de una finca no puede muchas veces gozar, ó acaso empezar á gozar, de los productos del capital que emplea en las mejoras. Para el efecto, es preciso frecuentemente aguardar el transcurso de cierto número de años, como su-

cede con algunas plantaciones de arboledos, roturaciones, siembras, establecimientos de fábricas y otras muchas obras; y si se hace estos desembolsos, es con la esperanza de reintegrarse mas tarde de ellos, con la de enagenar la empresa si le tuviere cuenta, con la de acomodar con ella al hijo que quisiere, ó en fin con la de disponer por testamento á favor de alguno á quien deba beneficios. Estas razones faltan en el poseedor del mayorazgo, pues no puede enagenar las mejoras; y por consiguiente, no es probable que emplee su capital en estas circunstancias.

Mas supongamos que pueda percibir los réditos de éste, ¿podrá creerse que se afanará mucho por emplear su trabajo y dinero ahorrado, si se le impide deshacerse de todo; cuando por algun acaso no pueda continuar esta negociacion, ó cuando vea que podrá dedicarse á otra cosa con mas provecho, seguridad ó comodidad? Apelo á la esperiencia: se han observado multitud de edificios vinculados que se dejaron de reparar una vez arruados; que aun los que se reedificaban era generalmente por mandado de las autoridades municipales; compárese esto con las mejoras que se hacen en fincas libres y mayorazgadas que dejaron de serlo, y se verá la diferencia y la utilidad de la libre enagenacion. No hay la menor duda: cuando uno vende una cosa cualquiera, indica bastante que no le es tan útil como la cantidad ó lo que recibe en cambio, y que no trata de mejorarla. Al contrario, aquel que la compra da á entender que le conviene y trata de mejorarla: por consiguiente, impedir hacer mejoras, es disminuir la masa del bienestar general.

Por otra parte ¿cuál es el padre amante de sus hijos y exento de preocupacio-

nes vulgares que piense hacer mejoras en fincas de mayorazgo, perjudicando de esta manera á los segundos, terceros y demás? ¿No repugnará á su conciencia aumentar desgracias sobre desgracias, pues que todo debe ceder al primogénito? En los países donde una porción considerable de bienes son vinculados y donde además existen otros cuantiosos que pertenecen á manos muertas, la legislación ha puesto un estorbo grande para hacer empresas nuevas y mejoramientos de cualquiera clase, siendo así que su oficio debia ser el de fomentarlos. O mejor diré que debiera limitarse meramente á remover las trabas, porque estoy persuadido que las leyes causan mas mal que bien en meterse á dirigir estas materias. Esta es la opinion de la sociedad económica de Madrid en su informe de la ley agraria que en el número 34 dice así. „Cuando la sociedad consideró „la legislación castellana con respecto á „la agricultura, no pudo dejar de asombrarse á vista de la muchedumbre de „leyes que encierran nuestros códigos „sobre un objeto tan sencillo ¿Se atreverá á pronunciar ante V. A. que la mayor parte de ellas han sido y son, ó del „todo contrarias, ó muy dañosas, ó por „lo menos inútiles al fin?“ Sí, triste es decirlo: las leyes de Toro que trataron de mayorazgos, aquellas mismas que se proponían arreglar y mejorar el derecho patrio, han sido, y son justamente con la amortización eclesiástica, una de las principales causas de la decadencia, abatimiento y ruina de la agricultura, de la industria y comercio. No hay remedio, si se quiere ver que una nación prospere y se ponga á nivel de las mas ilustradas, es preciso empezar sin demora por arrancar sucesivamente y con tino las venenosas plantas que han producido aquellas inficionadas semillas.

La institucion vincular causa tambien otro mal considerable; porque siendo su posesion, segun preocupaciones ridiculas y vulgares, un título de honor, y deshonrándose cualquiera por el hecho de dedicarse á una carrera, empresa, comercio ó artes; se sigue como consecuencia precisa que el tenedor de un mayorazgo y su inmediato sucesor no deben tener semejantes ocupaciones, es decir que ha de vivir sin trabajar. He aquí pues unos brazos arrancados á las ciencias, artes, industria y comercio; y aun lo que es mas, los otros hermanos del poseedor que tal vez no tienen de que subsistir, partícipes del orgullo de familia, ó pasarán así su vida en la ociosidad, ó si se dedican á algo, es á las carreras eclesiástica ó militar para las que acaso no tienen vocacion.

MALES MORALES.

Pasemos adelante: como los mayorazgos no tienen necesidad de discurrir para ver como han de ganar para su subsistencia, se espone á que su educacion sea correspondiente á la falta de esta necesidad. Le bastará pues saber leer alguna novela y echar una firma; su mayordomo ó administrador cuidará de lo demás; he aquí por consiguiente una tendencia á la ignorancia. De la ociosidad y falta de cultura de espíritu, claro es lo que resulta; ellas son el origen de todos los desórdenes morales y de los vicios. Citaré con gusto acerca de esto las palabras del Sr. Conde de Florida Blanca en su Instrucción de estado. „La libertad de fundar vínculos, dice, presta un motivo frecuente „para que ellos, sus hijos y parientes „abandonen los oficios, porque envanecidos con un mayorazgo ó vínculo, por „pequeño que sea, el poseedor no debe „aplicarse á un oficio mecánico, siguiendo

„do el mismo rumbo el hijo primogénito y sus hermanos, aunque carezcan de la esperanza de suceder; y así se van multiplicando los ociosos.” Igual opinion habia formado por la esperiencia Jovellanos que tambien se espresa en estos términos: „Tan perniciosos son al estado los mayorazgos inmensos que fomentan el lujo excesivo y la corrupcion inseparable de él, como los muy cortos que se mantienen en la ociosidad y el orgullo un gran número de hidalgos pobres, tan perdidos para las profesiones útiles, como para las carreras ilustres, que no pueden seguir.” No obstante debo decir en honor de la verdad que en España ha habido mayorazgos entregados á las ciencias, literatura y empresas industriales, y que por consiguiente han sido ciudadanos sumamente útiles á su patria. ¿Pero en México no se sabe mas que de uno que se halla dedicado á las ciencias y literatura, teniendo los demás por ocupacion y reduciéndose su sabiduría á cazar, montar bien un caballo, manejar con destreza un birlocho y lazar y colear con gracia un toro? Por desgracia demasiados son los que pasan inútilmente todo su tiempo en tales diversiones.

INJUSTICIA DE SUS EFECTOS.

¿Y cómo podrán justificar los mayorazgos las disposiciones legales, mediante las cuales el poseedor no está obligado á pagar las mejoras, que habiendo hecho algun antecesor en los bienes comprendidos en él, falleció éste sin haberlas satisfecho? El espíritu se conmueve al ver que una ley autorice á desentenderse de unas deudas tan legítimas, en virtud de las cuales el poseedor actual está percibiendo mas renta, producto ó utilidad. Y mas todavía se conmueve al saber cuantos mayorazgos, valiéndose de estas disposiciones injustas, chu-

pan al pobre artesano que empleó su capital, trabajo y sudor en hacer estos mejoramientos, ignorando tal vez aquellas, con lo que causan su ruina y la de su familia. ¿Es posible que las leyes de un pueblo católico toleren esto? ¿Y es posible que haya habido autores y tribunales que á la amargura de la ley 46 de Toro, hayan querido aumentar otra mayor, comprendiendo en las labores limitadas en ella á las de cualquiera clase que sean, mordiendo para esto la justicia y lo literal de la misma? Tales disposiciones obligan á los hombres cautos á reservar sus capitales, y á no emplear un solo jornal donde no tienen seguridad de cobrar; con lo cual perjudican á la riqueza nacional.

Fuerza es pues confesar los daños que por todos respectos causan los mayorazgos, daños que serán tanto mayores, cuantos mas sean los bienes comprendidos en ellos; porque es claro que cuanta mayor porcion de riqueza se quita á los hermanos, tanto mayor perjuicio se les causa al mismo tiempo y no se aumenta en igual porcion la felicidad del primogénito. ¿No es tambien cierto que cuantos mas sean los bienes vinculados, tantos mas se quitan de la circulacion, y por consiguiente de recibir mejoramientos útiles? ¿No lo es que cuantos mas medios tengan los poseedores, tanto menos procurarán dedicarse al comercio, artes, industria ó ciencias? ¿No lo es últimamente que cuanto mas estenso sea el mayorazgo, tanto mas necesidad hay de hacer reparaciones y contratos para realizar su pago, y que por lo mismo tantas veces podrá tener lugar el que los sucesores se desentiendan de estas obligaciones de sus antecesores? No sé pues como puede decirse que quienes causan daños no son los mayorazgos cuantiosos, sino mas bien los cortos. Semejante opi-

nion es en mi concepto infundada, y para justificarla debería el que la alega probar que el ladrón que roba á uno cien duros le hace menos daños que robándole el mismo diez en iguales circunstancias, ó que dando cuatro puñaladas se causa menos mal que cuando se da una sola. Se dirá no obstante, que el mismo Florida Blanca y Jovellanos habian propuesto la abolición de las vinculaciones cortas, mas no de las grandes; pero ya se vé que lo propusieron así, no sin duda porque estuviesen convencidos de que las primeras fuesen mas perjudiciales que las segundas, sino porque el número de aquellas era el mayor; y por lo mismo estinguídas ellas era hacer mucho por de pronto. Además, establecida la necesidad de una renta de alguna consideración para una nueva fundación, segun lo habian indicado, y lo adoptó la real cédula de 14 de Mayo de 1789, se conseguia el que apenas tuviese lugar alguna; porque á la verdad es difícil reunir bienes tan estensos que produzcan una cantidad considerable.

NINGUNA NECESIDAD PARA LO POLÍTICO.

Ahora bien ¿Por ventura la institución de los mayorazgos tiene algunas ventajas en lo político? Segun la opinion comun, ellos tienen por objeto mantener el lustre y honor de las familias, y transmitir á las generaciones sucesivas la memoria de los hechos porque se consideran acreedores de aquellos, sosteniendo de esta manera el esplendor del soberano. Pero, ó yo no comprendo bien, ó me parece que lo primero debe ser materia de la historia, y que, si no lo fuere, no habria necesidad de este estancamiento de propiedades para dicho efecto. Es indudable que él empobrece al estado; y podrá creerse que la dignidad y esplendor

del soberano se han de conservar mejor en un pueblo de mas miserables ignorantes, ociosos y viciosos de los que sin esa causa existan, donde por consiguiente no hay los recursos que proporcionalmente corresponden á su estension; y que por lo mismo no pueden subvenir á las necesidades públicas? Por otra parte ¿los hijos no heredan siempre las virtudes de los padres? ¿Y cómo un hijo inepto mantendrá el lustre de su antecesor benemérito, y el esplendor del monarca? ¿Pero acaso no brillaron los monarcas sin mayorazgos, tanto ó acaso mas que con ellos? Es indudable que antes de su malhadada institución tuvo la España guerreros valientes, consejeros sabios, procuradores celosos en córtes, y sobretodo propietarios ricos; pero los bienes que se le concedian en recompensa de sus proezas, servicios ó talentos, solo eran personales, y no se trasmitian por lo ordinario en herencia.

Era pues muy urgente el que se volviese al estado de la antigua legislación, y parece que esto se consiguió en parte por la citada cédula de Carlos IV. Pero no bastaba todavía, pues solo se impidió que se hiciese el mal en adelante, sin tratar de curar los que se habian causado por las infaustas leyes de Toro. La ley de las córtes españolas sobre desvinculación reproducida por uno de nuestros Congresos nacionales hizo mas, porque prohibió para lo sucesivo la institución de vínculos de todas clases y porque declaró ó los existentes libres en su mitad; pero en mi concepto anduvo todavía parca, porque debió de un golpe declararlos en absoluta libertad sin hacer ninguna reserva á favor de los inmediatos sucesores. Ni me parece tampoco digna de considerarse la razón de no destruir del todo las esperanzas que aquellos pudieron

haber concebido pues aunque se les hubiera hecho un mal, este mal se dirigia á cierto y determinado número de individuos y no á toda la sociedad, la que sí se perjudicaba quedando estancadas por de pronto las mitades de los mayorazgos. Pueden leerse, además de los dichos Jovellanos y Florida--blanca, á Castro en sus Discursos críticos sobre las leyes de España, á Sempere y Guarinos en su Historia de los vínculos y mayorazgos y á otros economistas.

TITULO 17.º

Del inventario y tasacion de los bienes hereditarios.

CAPÍTULO I.

QUE SEA INVENTARIO, SUS ESPECIES Y REQUISITOS.

1. Sin inventario ni tasacion es imposible hacer una division justa y arreglada.
2. Que sea inventario y objeto de su introduccion.
3. Hay cuatro clases de inventario.
- 4 al 9. Requisitos necesarios para que el inventario solemne sea válido y produzca los efectos de tal.
10. Para que corra contra el heredero el término legal para formar el inventario, es preciso que haya aceptado la herencia.
- 11 al 15. ¿Qué clase de bienes deberá incluirse en el inventario?
- 16, 17 y 18. Caso de que los herederos disputasen sobre si debian ó no dividirse algunos bienes que se hallaren entre los de la herencia.
19. Caso de que el heredero hubiese sustraído alguna cosa de la herencia.
20. Los bienes inventariados han de depositarse en poder de la persona que elijan los herederos, ó del mismo inventariante.

1. Despues de haber tratado de las diferentes clases de sucesiones, he creído conducente y metódico explicar á continuacion la materia relativa á la division y particion de herencias, empezando por el inventario y tasacion de los bienes de que constan; sin cuyo acto es casi imposible hacer una division justa y arreglada á las leyes y á la voluntad del testador, porque es el principio y la base de toda particion.

de alguna persona por muerte suya, por embargo ú otra causa (1). Fué introducido por las razones siguientes: 1.º Para que los herederos no ocultasen los bienes hereditarios, especialmente los muebles; 2.º Para que no estuviesen obligados á mas que á lo que importase la herencia. 3.º Para que no dudando en vista de él á cuánto ascendia el caudal del difunto, no pidiesen término para admitirla ó repudiarla; y 4.º Para probar alegaciones

2. Inventario es una escritura en que se anotan con especificacion los bienes

(1) Leyes 99 y 100, tit. 18, p. 3 y 5, tit. 6, p. 6.

negativas, que de otro modo se juzgan improbables.

3. Hay cuatro clases de inventario, á saber: judicial, estrajudicial, solemne y sencillo. Judicial es el que se ejecuta con intervencion del juez, bien á peticion de parte, ó bien de oficio. Estrajudicial es el que hacen sin intervencion de juez los testamentarios ó interesados en la herencia; lo cual puede hacerse siempre excepto en los casos indicados en el cap. 5.º del arancel dado á los tenientes de corregidor en 11 de Abril de 1768, y son los siguientes: cuando haya que recontar dinero, ó se hayan de inventariar bienes y alhajas preciosas; cuando algun acreedor del difunto pide que se haga inventario judicial, lo cual no debe negársele; cuando uno fallece abintestato dejando herederos menores, ausentes ó desconocidos; pues entonces se interpone el oficio del juez, á fin de asegurar los bienes correspondientes á los interesados. Inventario solemne es el que se ejecuta observando todas las solemnidades prescritas por las leyes; y sencillo se llama cuando no se observan con rigor dichas solemnidades, y se reduce á una simple nómina ó descripcion de bienes.

4. Para que el inventario solemne sea válido y produzca sus efectos, es necesario que concurren en él los requisitos siguientes: Primero: Que se ejecute ante escribano con citacion de la viuda y de los herederos entre quienes ha de hacerse la particion, advirtiéndole que el escribano no debe proceder en la formacion del inventario por inquisicion y apremio, como en causa ejecutiva ó criminal, sino por voluntaria manifestacion del heredero ó inventariante; pues si hubiese ocultacion de bienes, pueden los interesados usar de la accion que el derecho les concede. En el dia no es necesario citar á los acreedo-

res y legatarios, porque pueden redargüir de diminuto el inventario, si supiesen que se habian omitido en él algunos bienes, y porque antes de hacerse la division se deducen los créditos contra el caudal, y de consiguiente no se les puede seguir perjuicio.

5. Segundo: Que presencien la formacion de inventario tres testigos de buena fama, vecinos del pueblo en que se ejecuta (1), los cuales conozcan al heredero ó inventariante, vean lo que se anote, y oigan y entiendan lo que se escriba. Si se dudase de la validacion del inventario ó de cualquier otro instrumento porque los testigos lo impugnen, se tendrán presentes para resolver la duda las siguientes reglas: 1.º Cuando todos los testigos lo impugnan, no vale ni hace fé: 2.º Si uno ó dos lo impugnan y tres ó mas lo confirman, se tendrá por válido así el inventario como cualquier otro instrumento; á no ser que depongan que el contrato contenido en éste no fué hecho en el tiempo y lugar que se menciona, por haber estado los contrayentes ó alguno de ellos en cierto pueblo tan distante, que era moralmente imposible haberse hallado allí: 3.º Cuando en igual número lo aprueben unos testigos y lo reprueben otros, debe prevalecer la parte aprobante, y en duda juzgarse por la validacion del acto teniendo presente que se da mas crédito á los instrumentales que afirman que á los que niegan. 4.º Si el testigo que reprueba el instrumento hubiere sido puesto en él sin requerirlo por necesidad ó por precepto legal, basta éste para enervar ó destruir su fé, si los demás no deponen de positivo por él. 5.º Si algunos de los testigos instrumentales dicen que no se acuerdan si presenciaron ó no su

(1) Ley 100, tit. 18, p. 3.

celebracion, en este caso no se debilita su fé, porque nada deponen contra él.

6. Tercero: Que se espresse en el inventario el dia, mes y año, lugar en que se empieza y concluye, como se hace en cualquier otro instrumento público; pues de lo contrario será nulo. La razon es, porque como para gozar el heredero del beneficio que le concede la ley para hacer el inventario, debe justificar haberlo principiado y cumplido dentro del término legal, no podrá hacer la prueba si carece del dia, mes y año. Mas no es necesario individualizar las piezas de la casa en donde existen los muebles que cada dia se inventarien, sino la hora en que cada uno se principia y concluye, á fin de regular las dietas ó salarios.

7. Cuarto: Que el heredero firme el inventario, y si no sabe, lo haga por él un escribano (1); pero no obstante esta disposicion legal, lo que se observa en la práctica es que el heredero inventariante firme todos los dias lo inventariado; y si no sabe escribir lo haga por él un testigo á su ruego, autorizando el acto el escribano de la comision.

8. Quinto: Que el heredero jure haber ejecutado bien y fielmente el inventario, protestando añadir cualesquiera otros bienes ó efectos que en lo sucesivo se descubran pertenecientes á la herencia; aunque por falta de este juramento no se anulará el inventario, pues solo lo exige la ley para excluir la presuncion de haberse ocultado bienes, y para que si alguno alega esta ocultacion, tenga el cargo de probarla.

9. Sexto: Que el inventario se empiece y concluya en el término legal, esto es, dentro de los tres meses, si existieren los bienes de la herencia en el distrito del

pueblo donde falleció el testador; pues hallándose en otra jurisdiccion puede el juez conceder un año además de los tres meses; debiendo advertirse que el heredero tiene obligacion de empezar el inventario dentro de 30 dias desde que supiese su nombramiento, los cuales se incluyen en dichos tres meses.

10. Para que corra este término contra el heredero es preciso que haya aceptado la herencia; y así es que si se le ha concedido para deliberar el término de nueve meses, que puede conceder el juez, durante este tiempo no le correrá dicho término; bien que para evitar dilaciones, lo que se acostumbra es aceptar la herencia con beneficio de inventario, con cuyo requisito no queda obligado á pagar mas de lo que importe la herencia. Hay tambien algunos casos en que el heredero no está obligado á satisfacer mas de lo que valga la herencia; aunque no la haya admitido á beneficio de inventario y son los siguientes: 1.º Cuando por disposicion del testador, ó por privilegio de la ley no pueden los legatarios ó acreedores exigir al heredero mas que el valor de la herencia: 2.º Cuando la aceptó violentado ó inducido á ello por dolo ó malicia de los acreedores ó legatarios: 3.º Si éstos confiesan no haber mas bienes en la herencia; pues así se desvanece la sospecha ó presuncion en que se fundó la ley para hacer responsable al heredero por falta de inventario: 4.º Cuando en la aceptacion padeció el heredero error involuntario: 5.º Cuando la obligacion contraida por el difunto es nula de derecho: 6.º Cuando el heredero menor de edad que no tenia padre ni curador, padeció engaño ó lesion en haber admitido la herencia; pues probándolo y pidiendo la restitucion debe concedérsele, y vuelve la herencia al estado que tenia antes

(1) Ley 5, tit. 6, p. 6 y 100, tit. 18, p. 3.

de la aceptacion; mas para esto se ha de citar y oir á los acreedores: 7.º Cuando el heredero tiene derecho á percibir legítima; pues aunque haya dejado de hacer inventario, no la pierde si despues de pagadas las deudas quedare sobrante: así, que deducidas éstas, deberá sacarse en seguida la legítima; y si restare algo, se repartirá entre los legatarios; mas si nada sobrase perderán sus legados.

11. Deben inventariarse con la debida clasificacion todos los bienes libres muebles, raices ó semovientes que el difunto haya dejado, y le pertenezcan no solo en el pueblo de su domicilio y en el que falleció, sino en cualquiera otro de la República ó fuera de ella con separacion de cada cosa, espresando su especie, cantidad y cualidades específicas, como hechura, color, peso, medidas, linderos, &c; pues no haciéndolo así, será nulo el inventario.

12. Así mismo han de anotarse en él los documentos, libros y papeles concernientes á la herencia, los censos, efectos, juros, derechos, acciones y cualesquiera deudas que el difunto tuviese contra sí ó á su favor, incluso el débito si alguno hubiere del mismo heredero, el cual no ha de inventariar los gastos que hizo en el entierro del testador, ú otros necesarios y justos, pudiendo acreditarlos con testigos ú otros medios legales (1). Debe advertirse sin embargo que previniéndose en la ley 30 de Toro se saquen del quinto de la herencia los gastos del funeral, es consiguiente que cuando el testador deja á alguno el quinto, deben anotarse en el inventario dichos gastos, como cargo que debe resultar contra el mismo quinto, cuando se haga la particion.

13. Deben tambien inventariarse los

frutos vencidos hasta el dia de la muerte del finado, y los que existan pendientes, ya sean unos y otros naturales, como trigo, vino, &c; ya civiles, como réditos, pensiones, procedentes todos de bienes libres ó vinculados; é igualmente las mejoras que hayan tenido dichos bienes libres, porque aumentaron la herencia; pero no las hechas en los vinculados, por no corresponder parte alguna de éstas á la viuda, ni á los herederos del difunto, segun la ley 46 de Toro.

14. Igualmente deben inventariarse los bienes dotales ó extradotales de la muger, que existan entre los de su difunto marido; pues aunque se la han de entregar á su debido tiempo, se presumen legalmente del testador todos los bienes que deja, mientras no conste lo contrario. Tambien han de anotarse los vestidos de la muger y de los hijos del difunto, excepto los cotidianos, gradúanse éstos por la gerarquía de las personas y la costumbre del pueblo; el lecho cotidiano, espresando la ropa de que se compone; y los bienes específicamente legados, los cuales deberán tambien tasarse, aunque el legatario lo resista, para ver si caben ó no en el tercio ó quinto de los bienes; en caso de ser ascendiente ó descendiente el heredero, ó para que si éste fuere extraño, saque la cuarta falcidia en los casos prevenidos por las leyes.

15. Así mismo deben anotarse en el inventario las cosas litigiosas; aunque no dividirse hasta que se declare si pertenecen á la herencia, y tambien las cosas ajenas que se hallen entre las del difunto, ya las tenga en depósito, en prenda, ó de otro modo para que no se estrañen; bien que si los dueños se oponen á que se sienten en el inventario, y los herederos no les niegan su pertenencia, bastará que la justifiquen sumariamente para que

(1) Ley 8, tit. 6, p. 6.

se les entreguen; pero si alguno de los interesados en la herencia les disputase la propiedad, tendrán que acreditarla en juicio ordinario.

16. Puede suceder que los herederos disputen sobre si han de inventariar y dividir algunos bienes que se hallen entre los de la herencia, en cuyo caso debe procederse del modo siguiente: si por confesion de los mismos herederos, por sumaria informacion que el juez reciba de oficio, ó por sentencia consta que son ajenos ó de mayorazgos sujetos á restitution, no se deben inventariar ni adjudicar en la particion al que afirma que son suyos; pues éste no es parte en el juicio de division por no ser heredero ni tener derecho á la herencia, y así han de separarse de ésta y entregar luego á su dueño.

17. Si negasen los herederos que la cosa era ajena y no constase entonces lo contrario por otro medio, se ha de reservar su derecho al propietario para otro juicio, porque requiere conocimiento ó indagacion mas plena; por cuya razon se inventariarán y dividirán con la calidad de devolucion al que dice ser su dueño si por tal se declarase.

18. No constando en el acto si corresponden ó no á la herencia algunos bienes, porque unos herederos lo afirmen y otros lo nieguen, se han de distinguir tres casos: 1.º Cuando los bienes se encuentran entre los del difunto, y éste los posea en concepto de libres, no solo se han de inventariar, sino tambien dividir, porque segun están se juzgan suyos, y por la poderosa razon legal de la posesion en que estaba el difunto, que induce á su favor la presuncion de ser suyos; pero si por parte del interesado hubiere contradiccion, se le reservará su derecho para que sobre su propiedad lo deduzca en la via ordinaria, porque exige mayor ins-

peccion y conocimiento: 2.º Cuando no existiendo duda sobre la posesion que de ellos tuvo el difunto, sino únicamente acerca de si los disfrutó en concepto de libres ó vinculados, por no estar acordes los herederos en este particular, deberá recurrirse á la prueba congetural; y si por este medio se acreditare estar vinculados, agregándose además la fama pública de haberlos poseido el difunto en este concepto, se han de inventariar; mas no estimar ni dividir hasta que con previo y maduro exámen se decida la controversia: 3.º Cuando de ningun modo aparece breve y sumariamente, si los bienes de que se trata son ajenos ó del difunto; no deberán inventariarse ni dividirse, por estar la presuncion á favor del que niega haber pertenecido al mismo.

19. Si el heredero hubiere sustraído alguna cosa de la herencia antes de la muerte del testador, no deberá inventariarse porque en tal caso los coherederos pueden repetir contra él en juicio competente; pero si la sustraccion hubiere sido posterior á la muerte, y el heredero la confesare, ó pudiese justificarse legalmente por otro medio, han de inventariarse las cosas sustraídas, pudiendo los coherederos demandarle por la accion de division de herencia, á fin de que las devuelvan al cuerpo de bienes para su particion, ó se le imputen en su haber; y si sobrepujan al importe de éste, restituya el exceso. Si el heredero negare la sustraccion ó ésta no pudiese justificarse sumariamente, habrán de anotarse dichas cosas en el inventario como bienes dudosos. Así mismo deberá agregarse á éste el importe del daño que el heredero haya causado á los bienes hereditarios, adjudicándoseles por el mismo precio que antes del deterioro tenían. Mas adelante hablaré de la pena en que incurre el heredero que ocultase alguna cosa de la herencia.



20. Los bienes inventariados se han de depositar en poder de la persona que elijan los partícipes de su cuenta y riesgo, ó en poder del mismo inventariante. En cuanto á los papeles de la herencia, ya sean honoríficos, títulos de fincas ú otros, dice la ley de Partida (1) que si los herederos fuesen muchos, ha de conservarlos el que tuviere mas parte en aquella, y dar traslado á los demás cuando lo pidan. Si fueren iguales en el haber, custodiará los papeles el mas anciano, honrado y de mejor fama, exceptuando la muger, que aunque esté adornada de estas cualidades

nunca puede tenerlos, pues debe ser precisamente un varon el depositario. Si los herederos fuesen iguales en todas las circunstancias referidas, echarán suertes, y quedarán los papeles en poder de aquel á quien toque; pero no queriendo echarlas se depositarán en sitio seguro. Si el testador hubiese nombrado depositario de ellos á algun heredero, éste los tendrá, segun la ley 8, tit. 15, p. 6; mas si se hallare ausente, deberá el juez encargarlos á persona abonada, á fin de impedir su ocultacion, y entregárselos al heredero cuando vuelva, ó á la persona que lo presente.

(1) Ley 7, tit. 15, p. 6.

CAPÍTULO II.

DE LAS PERSONAS QUE ESTÁN OBLIGADAS A HACER INVENTARIO SOLEMNE, Y EFECTOS QUE ÉSTE PRODUZCA.

1. Clases de personas que están obligadas á hacer inventario solemne.
2. Cuando el heredero hace el inventario, segun queda espresado en el capítulo anterior, no está obligado á mas de lo que alcance la herencia.
3. El tutor ó curador están obligados á hacer inventario solemne.
4. Si los menores tuviesen habilitacion para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario.
5. El padre que tiene en su poder á sus hijos no está obligado á hacer inventario solemne.
6. Basta que haga una descripcion exacta de todos los bienes del hijo ante escribano y dos testigos.
7. Si tuviere el padre bienes raices podrá hipotecarlos, especialmente á la responsabilidad de los maternos de sus hijos.
8. Estando los hijos casados pueden partir con su padre los bienes que haya dejado su madre.
9. Obligacion de hacer descripcion de bienes que tiene uno de los cónyuges sin hijos, cuando sin haberse instituido recíprocamente por herederos se apodera de todos sus bienes y los del consorte difunto.
10. Obligacion del usufructuario á hacer inventario.
11. ¿Cuándo y de qué modo estará obligado el fisco á hacer inventario?
12. Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él fueron de aquel por cuya muerte se hizo.
13. Limitaciones de la doctrina anterior.
14. El inventario no prueba contra un tercero.
15. ¿Podrá el heredero ó el que formalizó el inventario contravenir ó reclamar la declaracion del difunto en la que al tiempo de morir manifestó que dejaba tales bienes?
16. ¿Aprovechará el inventario á los demás sin cuya intervencion se hizo?
17. Por la mera formacion de inventario no se contempla aceptada la herencia.

1. Cinco clases de personas son las que generalmente hablando están obligadas á hacer inventario solemne, á saber: 1.º El heredero sea simple y absolutamente instituido ó fiduciario: 2.º El tutor y curador: 3.º El administrador de bienes ajenos: 4.º El prelado eclesiástico: 5.º El fisco: y en suma, todos los que tienen que dar cuentas de bienes que se les entrega para su custodia y administracion.

2. En su lugar se habló de la obligacion que tiene el heredero á pagar las deudas del difunto, ya porque representa su persona, y se transfieren en él todas las acciones que competian á aquel; ya tambien porque el heredero aceptando la herencia, se dice que cuasi contrae con los acreedores y legatarios; pero si hace el inventario segun queda espresado en el capítulo anterior, no está obligado á mas de lo que alcance la herencia (1); y aunque pagase primero las mandas que las deudas, de suerte que no le quedase mas que su cuarta falcidia, no deben reconvenirle los acreedores antes que á los legatarios, y únicamente podrá ser reconvenido por lo que falte hasta el importe de su cuarta, y no mas (2); lo mismo procederá si ignorando que hubiese créditos privilegiados, pagase antes otros créditos que no tuviesen este requisito.

3. El tutor y curador están obligados á hacer inventario solemne, segun se dijo en el lib. 1, tít. 10, cap. 3, números 2, 3 y 4, debiendo aquí advertir que no es necesario nombrar curador ad litem para que asista en representacion del menor á la formacion del inventario, particion y demás que ocurra, pues basta que su tutor ó curador asista por ellos, evitando

de este modo gravar á los menores con las dietas ó salarios supérfluos de aquellos. Exceptúase el caso de que el tutor ó curador sea partícipe en la herencia; pues entonces es indispensable la presencia del curador ad litem, ó del contutor si lo hubiese para que el pupilo no sea perjudicado.

4. Si los menores tuviesen la competente habilitacion para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario ó particion, porque dicha habilitacion los constituye en la clase de mayores para esto y otras cosas semejantes, sin perjuicio de gozar del beneficio de la restitucion (si no espresa lo contrario la venia), en el caso de que fuesen perjudicados: lo mismo procede con respecto á los casados si fueren mayores de diez y ocho años, ó hubieren entrado en ellos, por cuanto los habilita la ley para administrar y percibir sus bienes y los de su muger (1). La doctrina espuesta en orden al inventario y administracion de bienes de menores, es tambien estensiva á los administradores de hospitales y otras personas que tienen que dar cuenta de su administracion; omitiendo tratar de ellos, como tambien de los prelados eclesiásticos por no conducir al objeto de esta obra.

5. El padre que tiene á sus hijos en su poder, no está obligado á hacer inventario solemne de los bienes adventicios que les toca; porque es legítimo administrador usufructuario de éstos, y no tiene que dar cuenta ni caucion de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen baron; de suerte que aunque los administre mal, no es responsable por esto, á no ser que resulte culpable ó dolosa su administracion. Lo contrario sucederá si el padre

(1) Leyes 5 y 7, tít. 6, p. 6.

(2) Dicha ley 7.

(1) Ley 7, tít. 2, lib. 2, N. R.

no tiene el usufructo, por ser los bienes relacion jurada é individual que firme, castrenses ó cuasi-castrenses, ó por estar por la cual se deberá pasar, pues no es el hijo emancipado ó por otro motivo; presumible trate de defraudar á sus hijos, pues entonces, como no es legítimo administrador de ellos, debe dar cuenta y útiles. Pero si sucediese por testamento por consiguiente inventariarlos. á algun hijo capaz de testar que no se

6. En el caso referido de ser el padre haya bajo su potestad, debe hacer inventario solemne; pues de omitirlo puede el usufructuario de los bienes del hijo, quedar obligado por las deudas en mas debe hacer una descripcion de ellos con toda claridad y distincion ante escribano y dos testigos idóneos á presencia de lo que alcance la herencia, atendiendo de los mismos hijos, sin necesidad de á que en este caso se le considera como estraño, y no hay ley alguna que ocurrir al juez ni de citacion alguna, en lo exceptúe.

8. Estando los hijos casados, y habiendo entrado en los diez y ocho años, pueden partir con su padre los bienes que les corresponden, y no se confundan en caso de que el padre contraiga segundo matrimonio, ni se ignore tampoco los que están sujetos á reserva. Acerca del término que tiene el padre para hacer esta descripcion, véase lo dicho en el libro 1.º, tit. 10, cap. 3, núm. 2 y siguientes; debiendo advertir, que en caso de segundas nupcias debe hacer la descripcion antes de casarse y de otorgar la dote de su muger, con declaracion y liquidacion de los bienes que son suyos y de los que pertenecen á sus hijos, obligándose con su persona y bienes presentes y futuros á restituirlos, ó satisfacerles su importe, y darles cuenta con pago cuando salgan de su poder.

7. Si tuviese el padre bienes raices, podrá hipotecarlos especialmente á la responsabilidad de los maternos de sus hijos para no perjudicarlos, y el escribano protocolizará la descripcion y obligacion que á su continuacion haga el padre, como cualquiera otra escritura ó acto estra-judicial que pasa ante él; y de ello dará las copias autorizadas que se le pidan. Si el padre no quiere que intervenga escribano, bastará que haga por sí solo una yugues mutuamente por herederos, y quedando el sobreviviente sin hijos, se apoderase de todos sus bienes y de los del consorte viudo, deberá hacer descripcion de ellos por razon de la sociedad conyugal que medió entre ellos, teniendo además que dar cuenta á los herederos del cónyuge difunto de los que éste dejó; mas por omitir la formacion del inventario solemne, no incurrirá en las penas impuestas á los herederos y otros que dejan

de hacerlo, pues no hay ley que así lo establezca.

10. El usufructuario, ya sea universal ó particular, debe hacer inventario y puede ser compelido á ello; porque teniendo obligacion de usar y gozar de todos los bienes á arbitrio de buen varon, no se podrá conocer si hizo de ellos el uso que debia si no los inventariase. Mas no es preciso que formalice el inventario con la solemnidad que el heredero; pues basta que haga una descripcion de todos los bienes muebles é inmuebles con intervencion del propietario, y no ejecutándola será responsable de los daños y perjuicios que dijese éste bajo juramento se le habian ocasionado. Véase el núm. 10, cap. 3, tit. 3, lib. 2.º

11. El fisco debe tambien hacer inventario solemne de los bienes que adquiriera, ya sea por testamento ó por sucesion intestada (1); advirtiendole empero que si en el primer caso dejase de hacerlo, quedará obligado como cualquier otro heredero aun en mas de lo que alcance la herencia, y en el segundo no tendrá obligacion de satisfacer mas de lo que importen los bienes (2); pues los herederos anómalos ó irregulares, como lo son el fisco en este caso, el padre que ocupa los bienes de su hijo por razon de peculio, los ejecutores universales, y otros que no suceden por derecho hereditario, se tienen por sucesores ó poseedores; mas no por verdaderos herederos.

12. Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él, fueron de aquel por cuya muerte se hizo, aunque los efectos de esta suposicion recaen solamente en el que los puso ó los mandó poner; y contra éste prueba de tal suerte, que aun cuando él ó su heredero

aleguen ser suyos algunos de los bienes inventariados, no serán oidos; porque se juzga que el que lo ejecutó los donó á la persona á cuyo favor se hizo, y así no se admite prueba en contrario; pues por el hecho de inventariarlos es visto confesar haber sido de aquel en cuyo nombre los inventarió: de consiguiente, no puede ir contra su propia confesion, porque ésta induce donacion, siendo hecha con ciencia cierta.

13. Lo dicho en el número anterior tiene varias limitaciones: 1.º Cuando el que inventarió cosas suyas porque se hallaban entre las del difunto, protestó al instante que le pertenecian: 2.º Cuando los bienes inventariados son inmuebles; pues los de esta clase no se consideran donados como los muebles; ó cuando se acredita lo contrario por vista ocular, cuya prueba es superior á todas las demás. 3.º Cuando implora el beneficio de restitucion por haberlos inventariado inconsiderada é imprudentemente. Acerca de este caso que pone Febrero, debe advertirse que si se admitiese esta disculpa tan vaga, sería ilusoria la regla general espuesta en el número anterior; pues con alegar dicha consideracion recobraría sus bienes el que hizo el inventario, y nunca se verificaria la donacion presunta de que se ha hablado. Por lo demás, Febrero solo cita leyes romanas y opiniones de jurisconsultos para apoyar esta doctrina; y no he visto ley nuestra que trate de ella: 4.º Cuando consta haber errado en la formacion del inventario, y hubo justa causa para haber cometido el error; pues goza del beneficio de restitucion como los menores. 5.º Cuando por instrumentos legítimos y vista ocular justifica no ser tantos los bienes cuantos los inventariados, y que por lo mismo se deben separar del inventario.

(1) Ley de 16 de Mayo de 1835.

(2) Ley 16, tit. 7, p. 6.

14. Este jamás prueba contra tercero; el cual, siempre que haga constar que son suyos algunos de los bienes comprendidos en el inventario, debe ser reintegrado al momento, porque como no presentó su formación ni fué citado para ella, no le debe perjudicar la confesión voluntaria y errónea ó maliciosa que hizo el heredero ó el que lo formalizó; del mismo modo que los libros de cuenta y razón que alguno tiene en su poder hacen fé contra él, mas no contra tercero (1).

15. Acerca de si el heredero ó el que formalizó el inventario, podrán contravenir ó reclamar la declaración del difunto en la que al tiempo de morir afirmó dejaba tales bienes, ó si esta declaración induce tal prueba contra ellos, que no se les permita alegar que el testador padeció equivocación, se ha de distinguir los siguientes casos: Si el heredero reclama en virtud de un derecho personal, como haber enagenado una cosa suya el difunto, puede impugnar dicha declaración legítimamente. Si lo hace en virtud de que le corresponde por la persona del difunto, no puede; pues debe observar la declaración hecha por éste, si bien afirman algunos que en ambos casos está obligado indistintamente á su observancia en cuanto lo permita el lucro que percibe de la herencia. Si el testador hubiere hecho ó declarado alguna cosa, según y conforme á derecho, tendrá igual obligación, á menos que pruebe haberla hecho ó declarado con error manifiesto; y si fuere contra derecho, puede impugnarlo, como el mismo testador.

16. Dúdase si el inventario aprovecha á otros, sin cuya intervención se hizo, como por ejemplo en el caso siguiente: Muerto el marido, pide su viuda se inventarían los bienes que dejó aquel, é

inventariados y tasados legalmente y antes de su división, aparecen deudas contra el caudal, pretenden los acreedores sus créditos, y los hijos responden que solo están obligados en cuanto lo permita la herencia, porque la aceptaron con beneficio de inventario, y los acreedores replican, que no deben gozar de este beneficio, por no haber hecho otro inventario que el que formalizó su madre. Ayora trata esta cuestión (1), afirmando que es suficiente el formalizado por la madre, y que cumplen con satisfacer la cantidad que percibieron, á lo cual añade el reformador de Febrero, que el inventario formado por la mujer, debe entenderse hecho también por los hijos ó herederos, como que forzosamente ha de hacerse con citación de éstos.

17. Por la mera formación de inventario no se contempla aceptada la herencia, porque la aceptación es un hecho el cual no se presume si no se prueba, y por consiguiente el que afirme que el heredero la aceptó, debe probarlo plena y concluyentemente; pues no bastan las presunciones, conjeturas ni pruebas equívocas. Un heredero, por ejemplo, puede formalizar el inventario, no porque haya aceptado la herencia, sino con el único fin de cerciorarse de su valor, para deliberar si ha de aceptarla ó no, por cuya razón no debe presumirse su aceptación por dicho acto. Pero si en el inventario se le llama heredero, y lo consiente y lo afirma, puede presumirse que lo es en efecto, aunque el escribano por sí le haya puesto este título. Esta doctrina también procede, á pesar de que sea cuantiosa la herencia, si bien en este caso bastan menores pruebas; y se amplía igualmente á los hijos siempre que se trate de perjuicio suyo, pues tratándose de su utilidad, se presumen herederos, á menos que se justifique lo contrario.

(1) Ley final, tit. 18, p. 3.

(1) Part. 1,ª cap. 2, n. 22.

CAPÍTULO III.

DE LAS PENAS EN QUE INCURRE EL HEREDERO POR OMITIR U OCULTAR MALICIOSAMENTE BIENES DE LA HERENCIA; Y MODO DE PROCEDER EN EL JUICIO DE OCULTACION.

1. No se vicia el inventario por el fraude que comete el heredero; pero queda éste sujeto á la pena.
2. Requisitos necesarios para que tenga lugar esta pena.
3. Modo de hacer la prueba de ocultacion.
4. El que alega la ocultacion debe probar el dolo verdadero sin que baste el presunto.
5. Modo de eximirse de la pena el heredero ocultante.
6. La accion penal de ocultacion no tiene lugar contra los herederos del ocultante, y casos en que tampoco tiene lugar dicha accion.
7. Si uno de los herederos sustrajese alguna cosa de la herencia despues de aceptada, se presume que la tomó en cuenta de su parte.
8. Si alguno ocultase bienes de la herencia estando yacente ó sin aceptar, no podrá ser reconvenido por dicha accion; pero se le impondrá la pena que allí se expresa.
9. ¿Ante qué juez debe entablarse el juicio de ocultacion?
10. El juicio de ocultacion es ordinario.

1. No se vicia el inventario por el fraude que comete el heredero dejando maliciosamente de poner en él algunos bienes de la herencia, y por consiguiente no estará obligado á satisfacer íntegramente las deudas y legados; pues no hay ley que á ello le condene. Empero por su malicia, ocultacion y dolo deberá pagar el duplo de los bienes ocultados (1), y perderá además la cuarta falcidia cuando por derecho le corresponde.

2. Para que tenga lugar esta pena es necesario que concurran los requisitos siguientes: 1.º Que se entable á instancias de parte, por cuanto se presume que no hay mas bienes que los inventariados, mientras no se pruebe lo contrario. 2.º Que el demandante especifique individualmente los bienes ocultados. 3.º Que pruebe haberlos ocultado el inventariante á sabiendas y con dolo. 4.º Que además acredite que los bienes ocultados existian en poder del difunto al tiem-

po de su muerte, no bastando probar que lo estaban poco antes.

3. La prueba de ocultacion puede hacerse por testigos como la de cualquier otro hecho en cuanto á la omision; pero acerca de la malicia ó dolo con que se ejecutó, como esto es tan difícil de probar, se admiten las presunciones, congeturas y demás medios indirectos, que se usan para averiguar la intencion.

4. Es necesario probar que hubo dolo verdadero, pues no basta el presunto, esto es, el que se supone ó presume cuando hay descuido, omision, ó negligencia tan grande que parece nacida de ánimo deliberado, y la cual se denomina por los jurisconsultos culpa lata; porque aunque en el presunto se pueda creer que hubo deliberacion y malicia, sin embargo es tambien posible que la omision naciese de olvido ó ignorancia; y en tal caso se atribuye á error.

5. Se eximirá el heredero de la pena de ocultacion, si protestó al fin del inven-

(1) Ley 9, tit. 6, part. 6.

tario el agregar á él cuantos bienes llegasen á su noticia pertenecientes á la herencia; porque esta reserva ó protesta excluye el dolo presunto por su omision; y así en virtud de aquella, si el que omitió poner algo en el inventario, lo añade luego que lo sabe, queda relevado de la pena, mucho mas interviniendo tambien juramento de no tener noticia de otros bienes, créditos ni efectos. Pero no le valdrá semejante protesta si por otra parte se probare que procedió maliciosamente, y mucho menos si habiéndole designado algunos bienes que no constaban en el inventario, se resistiese á ponerlos, y se averiguase despues que al tiempo de la muerte del testador formaban parte de la herencia.

6. La accion penal de ocultacion no tiene lugar contra los herederos del ocultante, sino únicamente la accion recae para reivindicar la cosa acultada, á no ser que el ocultador hubiese contestado á la demanda, en cuyo caso se dará tambien la accion penal de hurto contra los herederos (1). No tendrá lugar esta accion penal contra el poseedor que en calidad de tal, y no como heredero, hizo el inventario; porque la ley solo habla de los herederos, y no debe ampliarse contra otros. Tampoco incurrirá el heredero en la pena cuando no fué él quien lo formalizó, sino algun criado, agente ó procurador ocultando éste los bienes sin su consentimiento ni noticia; pues en este caso es claro que no procedió con dolo.

7. Si uno de los herederos sustrajese alguna parte de la herencia despues de aceptada, se presume que la ha tomado en cuenta de su parte, y no con ánimo de defraudar á los coherederos; por lo que no se da contra él la accion llamada *ex-*

pilate hereditatis, ni la de ocultacion, sino la de division de herencia, por la cual pueden aquellos indemnizarse y recuperar las cosas sustraídas ó su importe, pretendiendo las devuelva al cuerpo de la herencia para su particion, ó que se le imputen en su haber, y no cabiéndole que restituya el exceso. Lo mismo procede por iguales razones con respecto á la muger y consocio, pues tampoco pueden ser reconvenidos por dicha accion, porque son dueños del todo en igual forma. (1).

8. Si estando yacente ó sin aceptar la herencia, á causa de hallarse ausentes los herederos ó ignorarse quienes son, sustrajese alguno ú ocultase bienes de ella, no será reconvenido por dicha accion; pero se le podrá condenar á que restituya lo que tomó con los frutos percibidos, ó imponerle la pena establecida por la ley para tales casos (2).

9. Si no se hubiere hecho todavia la particion de bienes, debe promoverse el juicio de ocultacion ante el mismo juez que conoce de la testamentaria, quien como principal atrae así todos los incidentes relativos á la misma, de tal suerte que si ante otros se promueve, le debe remitir los autos como accesorios del negocio principal; pero hecha ya y aprobada la particion, puede entablarse ante el mismo juez, ó ante otro que sea del fuero ó jurisdiccion del ocultante; porque ya el de la testamentaria concluyó su oficio por haberse finalizado ésta, y no haber quedado otra cosa pendiente.

10. El juicio de ocultacion es ordinario; aunque no se anulará el proceso, si se procediese de otro modo; pero como quiera que sea, no ha de suspenderse por él la secuela del de particion de los bie-

(1) Ley 20, tit. 14, part. 7.

(1) Leyes 6, y 17, tit. 10, part. 5.
(2) Ley 12, tit. 14, part. 7.

nes inventariados. Si por evitar escándalos ó por otro motivo, no quisiere el demandante perseguir al ocultador con la accion penal de ocultacion, puede implorar el oficio del juez pidiendo que tales bienes no inventariados, (señalándolos) se inventarien y dividan, en cuyo ca-

so debe mandarlo así el juez, apremiando al que los ocultó; pero lo mas seguro es entablar el juicio, pues así en cualquier tiempo puede ser demandado el ocultador, sin que le valga la prescripcion, por su mala fé.

CAPÍTULO. IV.

DEL LUGAR DONDE DEBE HACERSE EL INVENTARIO, Y JUEZ A QUIEN COMPETE EL CONOCIMIENTO DE ESTOS NEGOCIOS.

1. Debe hacerse el inventario en el pueblo del domicilio del difunto y ante su juez.
 2. Caso de que el difunto tuviese dos domicilios.
 3. Si un seglar nombra varios herederos y alguno ó mas de ellos fueren eclesiásticos, debe conocer de esta testamentaria el juez secular.
 4. Tambien competirá á éste el conocimiento si el testador y el heredero fueren clérigos, ó el clérigo heredare al lego.
 5. Los jueces eclesiásticos no deben por regla general entender en inventarios, secuestros, administracion de bienes ni de nulidad de testamento.
 6. ¿A qué juez toca el conocimiento de las testamentarias de los militares difuntos?
 7. ¿Y á quién el de las testamentarias de los factores de la provision de víveres del ejército?
- 8 hasta el 24. Noticia sobre el juzgado de bienes de difuntos que antiguamente existió en México.

1. Debe hacerse el inventario en el pueblo en que tuvo su domicilio el difunto y ante su juez, si se hace judicialmente, aunque los bienes hereditarios se hallen en diversos lugares; pues en tal caso debe éste expedir á instancia del heredero requisitorias á las justicias, en cuyo territorio existan bienes de dieha herencia, para que los inventarien y tassen, remitiéndole originales las diligencias practicadas para agregarlas á las hechas en su juzgado; todo lo cual se entiende aun cuando el testador haya fallecido fuera del territorio de aquella jurisdiccion.
2. Si el difunto hubiere tenido dos domicilios sujetos á un mismo Soberano, pertenecerá la formacion del inventario al juez del pueblo en que haya fallecido, porque éste es competente no solo por razon del domicilio, sino tambien de su muerte. Pero si ésta no hubiere acaecido en el uno ni en el otro, deberá conocer del inventario y continuarlo el juez de cualquiera de los dos que lo prevenga; á menos que en uno de dichos domicilios hubiese vivido la mayor parte del año, en cuyo caso el juez del mismo y no el del otro, es quien debe tomar conocimiento.
3. Si un seglar nombrare varios herederos, y alguno ó mas de ellos fueren eclesiásticos, deberá conocer de este testamento é inventario el juez secular, quien citará al clérigo igualmente que á los legos; porque este acto no es propiamente una citacion legal que arguya superioridad ó competencia de jurisdiccion, sino un aviso para que el eclesiástico comparezca si quiere, á usar de su

derecho, y así es que no compareciendo, ni se le apremia, ni se anula el acto. Así mismo se ha de proceder ante el juez secular cuando el lego sucede al clérigo ya por testamento ó abintestato; porque siendo personal la cualidad de eclesiástico, cesa por su muerte, y la herencia se hace de patrimonio laical.

4. Si el testador y su heredero fueren clérigos, ó el clérigo lo fuere del lego, la apertura y publicacion del testamento cerrado, así como la insinuacion de la donacion que haga el seglar al eclesiástico, deberán hacerse ante el juez secular como competente (1); del mismo modo que la tutela legítima y curaduría de la persona y bienes de menores legos que se confiere al clérigo su pariente, debe ser discernida por el juez secular (2), y por consiguiente se ha de dar cuenta de ella ante éste. Antiguamente competia al juez eclesiástico el conocimiento y formacion de inventario, cuando el clérigo heredaba al lego, ó á otro clérigo, ya sea por testamento ó abintestato, como pariente mas cercano, ó cuando era instituido algun lugar piadoso; porque se entendia que se trataba de interés de clérigo y de cosa eclesiástica, y por la aceptacion de la herencia se reputaban suyos los bienes, perdiendo el nombre de la persona á quien pertenecieron.

5. A pesar de esta doctrina, que es conforme al dictámen de los autores fundados en la razon espuesta, está resuelto y mandado por real cédula de 13 de Junio de 1775 que los jueces eclesiásticos no conozcan de inventarios, secuestros, administracion de bienes ni de nulidad de testamentos, aunque se hayan

otorgado por eclesiásticos, y alguno de los herederos ó legatarios sean personas eclesiásticas; cuya cédula se comunicó de órden del Consejo á las Chancillerías y Audiencias del reino, pudiendo por consiguiente las personas particulares introducir en los juzgados competentes los recursos de fuerza en conocer y proceder, si se entrometiesen los jueces eclesiásticos en su conocimiento. Esta real cédula con referencia de las remitidas á las Chancillerías y Audiencias se renovó y publicó por otra de 15 de Noviembre de 1781, que en lo dispositivo está conforme con aquella, y es la ley 16, título 20, libro 10 Novísima Recopilacion, y en 27 de Abril de 1784 se dirigió otra á México con igual objeto.

6. El conocimiento de los testamentos, inventarios y particiones de bienes de los militares difuntos tocaba á sus jueces; segun lo dispuesto por real órden de 19 de Junio de 1764 (1); pero cualquier incidente sobre bienes y herencias que les dejaran personas que no gozasen el fuero militar, pertenecia á la justicia ordinaria, segun lo dispuesto en el artículo 14, tratado 8, título 11 de las ordenanzas del ejército (2): por disposiciones posteriores se segregó de la jurisdiccion militar el conocimiento de las testamenterías de individuos del fuero de guerra: éstas fueron derogadas por decreto de 4 de Marzo de 1842 y de 12 de Octubre del mismo año; pero recientemente en 28 de Setiembre de 1848 se espidió una ley desaforando de nuevo las testamenterías militares, derogando los decretos anteriores referidos y reviviendo la de 15 de Setiembre de 1823 que las sugetó al

(1) Leyes 6, tit. 18, lib. 10, N. R. y 9, tit. 4, part. 5.

(2) Leyes 45, tit. 6 par. 1. y tit. 16, part. 6.

(1) Nota 6, tit. 21, lib. 10, N. R.

(2) Véanse las leyes 4, 5 y 6, tit. 21, lib. 10 N. R. y sus notas.

fuero comun, y es lo que en la actualidad se practica.

7. De las testamentarias relativas á los factores de la provision de víveres del ejército debe conocer tambien la justicia ordinaria, entregados que sean previamente los efectos de la provision, segun está declarado por real cédula espedida en el real sitio del Pardo á 8 de Marzo de 1785, con motivo de la competencia formada por el comandante de armas de la villa de Estepona, su corregidor y el intendente de Andalucía sobre el conocimiento de la testamentaria del factor Don Antonio Visondo (1).

8. A mediados del siglo XVI se creó en México un juzgado especial conocido con el nombre de bienes de difuntos, con el objeto de asegurar las herencias de los españoles que fallecieren aquí. Esta institucion fué sumamente útil, y produjo grandes ventajas á la España y á los españoles. La instruccion para estos juzgados la formó en esa época la audiencia. Pero una vez emancipados los mexicanos de la metrópoli española, claro es que debió caducar esta institucion y por lo mismo en el dia es completamente desconocida. Sin embargo, para instruccion de los que lo desearan daré una idea de ella.

9. El juzgado general de bienes de difuntos estaba á cargo de un oidor nombrado al efecto por el capitan general en cuyo ejercicio duraba dos años (2). Estaba revestido de todas las atribuciones y facultades necesarias para el completo desempeño de su cometido, sin que pudiera eximirse de su jurisdiccion en

las causas de su instituto ninguna persona por privilegiada que fuese. Sin embargo, debia tenerse presente en cuanto al fuero militar la real orden de 20 de Abril de 1784 aclaratoria de la real cédula de 29 de Enero de 1777, sobre recursos de los militares á los consejos de Indias y Guerra y la de 29 de Agosto de 1798, por la cual se declaró que la jurisdiccion militar y no el juzgado general, debia conocer de las testamentarias de los militares que pasaren á Indias con sus cuerpos, ó tuviesen en ellas destinos dependientes de éstos.

10. Para que los procuradores ó apoderados pudieran percibir del juzgado lo que correspondia á los herederos ó legatarios ausentes, debian prestar sus poderes á la audiencia para su exámen y aprobacion, y prestaban en el juzgado la competente fianza relativa á la entrega de la herencia ó legado á los respectivos interesados con arreglo á lo dispuesto en cédula de 9 de Mayo de 1785, de cuya fianza podian ser relevados por aquellos, manifestándolo así espresamente en el poder que les confirieran.

11. El juzgado de bienes de difuntos no debia conocer de las testamentarias de los que fallecieren dejando en el mismo pueblo descendientes legítimos ó ascendientes, ó parientes colaterales dentro del grado que por derecho debieran heredar (1), aunque hubiese mandas ó legados ultramarinos (2), y solo en el caso de que todos ó la mayor parte de los herederos nombrados se hallaren ausentes, correspondia el conocimiento al juzgado, debiendo para ello constar dicha ausen-

(1) Ley 7, tít. 21, lib. 10, N. R.

(2) Ley 1, tít. 32, lib. 2 de la Rec. de Indias, mandada guardar por las reales cédulas de 1.º de Mayo de 1769 y 29 de Noviembre de 1797.

(1) Art. 1.º de la Real cédula de 28 de Septiembre de 1797.

(2) Real cédula de 7 de Mayo de 1782.

cia de público y notorio, ó por diligencias judiciales (1).

12. También podria conocer el juzgado en algunos otros casos en que hubiese interés ultramarino, ya sea por razon de herencia, legado ú obra pía, con el fin de que se cumplieran las disposiciones del testador en esta parte: á cuyo efecto podia requerir de oficio, ó á instancia de parte, á los jueces respectivos, y tambien á los albaceas ó tenedores de bienes para que le suministrasen oportunamente los documentos y noticias conducentes, y tomar las demás precauciones que creyera necesarias, con arreglo á lo dispuesto en las leyes 46 y 47, tit. 32, lib. 2.º de la recopilacion de Indias. Igualmente estaba autorizado para compeler y obligar á los albaceas á que le manifestasen reservadamente las memorias ó comunicados secretos que hubiesen dejado los testadores; y si los hallaban justos y arreglados á las leyes, se los devolvian para su cumplimiento; pero si juzgaban que por ser contra el derecho no debieran cumplirse, disponian lo que segun las circunstancias fuere mas adaptable, conservando el secreto en cuanto fuese posible. Pero debe tenerse presente que cesaba el juzgado en el conocimiento de estos negocios, tan luego como se presentaban herederos acreditando ser los nombrados por el testador ó los sucesores de éste; porque entonces se les debian entregar sus bienes, y lo que de ellos se hubiere recaudado, á menos que impidiere verificarlo así algun litigio pendiente (2).

13. Los ejecutores de los testamentos debieran hacer una descripcion exacta ó

inventario estrajudicial de todo lo que perteneciese al difunto, pues sin este requisito, quedarian sin efecto las saludables disposiciones de las leyes 46 y 47 citadas en el número anterior; mas no podian ser molestados por el juzgado en la formacion de inventarios, venta de bienes, costas indebidas ni en otra forma; pero sin que por esto se creyeran exentos de hacerlo judicialmente en aquellos casos en que con arreglo á derecho debian formalizarlo, ó cuando el testador hubiese dispuesto su formacion (1).

14. Las testamentarias de los clérigos estaban sujetas á las mismas reglas, aunque se hubieren instituido por herederos á otros eclesiásticos, á sus almas ú obras pías, con arreglo á lo prevenido en las reales cédulas de 27 de Abril de 1784 (2) y 20 de Noviembre de 1801, pues segun estas disposiciones todo lo concerniente á los casos que comprenden y otros semejantes correspondia á los jueces reales con exclusion de los eclesiásticos.

15. Si faltaban herederos hasta el grado en que conforme á derecho les correspondiera suceder, se tenian los bienes por vacantes, en cuyo caso ó en el que se presumiese que pudiese haberlos tocaba el conocimiento al juzgado, y le ejercia hasta hacer sobre ello la correspondiente declaracion; y si ésta fuere de que los bienes eran vacantes, la comunicaba con lo conducente de autos al respectivo intendente para que procediese á lo que hubiere lugar, segun lo dispuesto en real cédula de 19 de Noviembre de 1789.

16. Era cargo de los jueces del dis-

(1) Art. 2.º de dicha real cédula de 28 de Setiembre.

(2) Artículos 9, 10, 11 y 13 de las instrucciones formadas por la audiencia de México.

(1) Art. 12 de dichas instrucciones.

(2) Cuyo cumplimiento se encarga por la cédula de 28 de Setiembre de 1797. Lo mismo dispone la ley 16, tit. 20, lib. 10 de la N. R.

trito en calidad de comisionados del juzgado, tener un libro donde se anotasen sucesivamente el curso de los negocios, las providencias, órdenes y despachos que recibían y todo lo demás que fuera conducente y respectivo al estado de las causas, á la existencia en metálico, alhajas y otros cualesquiera bienes ó deudas, á su administracion, cuentas y cobranza. Este libro se entregaba al sucesor para que formando una cabal idea del estado de los negocios de su incumbencia, pudiera conocer si habian tenido ó no efecto las providencias del juzgado, y en su vista proceder á lo que exigiesen los casos y circunstancias, pudiendo requerir á sus antecesores y escribano; y dando cuenta al juzgado general bajo su responsabilidad de las ocurrencias que con este motivo hubiere habido (1).

17. Con el objeto de que sin abandonar la jurisdiccion privilegiada del juzgado, se evitasen competencias infundadas, debian instruirse prolijamente de la naturaleza del negocio, teniendo presente lo dicho en los números anteriores, y daban cuenta al juzgado general de lo que ocurriese; mas si entre tanto creian que el conocimiento debia corresponder al juzgado, reclamaban el negocio por oficio, esponiendo los fundamentos que obrasen en su favor; y si no obstante no cedía el juez requerido, dando por formada la competencia, les remitía las diligencias, á efecto de que por el juzgado se pasasen á la audiencia para su decision en los casos comprendidos en la real cédula de 11 de Agosto de 1778. Durante la competencia no podian hacer innovacion alguna, á no ser que de acuerdo con el juez que disputaba conviniesen en que se proveyera lo convenien-

te acerca de la seguridad de los bienes y venta de los que pudieran deteriorarse, ó causar gastos para su conservacion (1).

18. Los jueces del distrito, ante cuyos escribanos se otorgaban testamentos ú otra última disposicion de herencia, manda ó legado á favor de ultramarino, daban inmediatamente cuenta al juzgado, con testimonio íntegro si fuese herencia y con el de las cláusulas respectivas y la del nombramiento de albaceas, cabeza y pié del testamento, siendo manda ó legado, para que teniéndose esta noticia, se determinara lo que correspondiese segun los casos y circunstancias á que se referian los artículos contenidos bajo la palabra testamento, conforme á lo dispuesto en la ley 41, tít. 32, lib. 2.º de la Recopilacion de Indias, y la real cédula de 12 de Noviembre de 1697.

19. La primera diligencia que debian practicar los jueces en los casos que ocurrieran era averiguar si el difunto habia dejado ó no testamento, reconociendo los protocolos en caso necesario. Si hubiere testamento, examinaban si fué otorgado con arreglo á las leyes y segun las formalidades que prescriben, en cuyo caso no habiendo sospecha de sugestion ó fraude se arreglaban á lo que estaba declarado; haciendo presente á los albaceas sus obligaciones y los compelian oportunamente á la presentacion de las cuentas, exámen y calificacion de su conducta y procedimientos. Podian admitirles las renunciaciones que de sus cargos hiciesen por escrito, siempre que no se hubieren mezclado en el manejo de la testamentaria; y debian prestarlas en el juzgado general, donde con el debido exámen de las causas, se resolvía lo que correspondie-

(1) Art. 23 de dichas instrucciones.

(1) Art. 25 de dichas instrucciones.

se, sin que entre tanto dejaran de continuar en su desempeño. Si el juez después de practicar las diligencias ó averiguaciones convenientes, sospechaba que en el otorgamiento del testamento hubo sustracción ó fraude, tenia obligación de dar cuenta inmediatamente al juzgado general (1).

20. No habiendo testamento y constando que los herederos ó alguno de ellos estaban ausentes, debían los jueces proceder desde luego á la formación de inventario con el arreglo, exactitud y claridad correspondientes, dando principio por el dinero que se hallaba y alhajas, y distinguiendo los bienes por clases, las deudas cobrables de las incobrables ó dudosas, las activas de las pasivas, sin omitir cosa alguna de las que existían en poder del difunto, ó de las que por cualquiera razón ó título le pudieron pertenecer. Al mismo tiempo de hacerse los inventarios concurrían los peritos valuadores nombrados por los interesados y por el juez ó defensor sustituto respecto de los ausentes ultramarinos, y previo juramento hacían la tasación correspondiente anotándose en una columna al márgen el precio y valor de cada cosa, las especies que pudieran corromperse, deteriorarse ó causar gastos infructuosos para su conservación (2).

21. Concluidos los inventarios daban cuenta con ellos al juzgado general en los casos en que le correspondía su conocimiento, citando antes á los interesados. Podían los jueces antes de remitir dichos inventarios vender en pública almoneda con intervención de aquellos, los bienes

ó especies que á juicio de peritos no pudieran conservarse, y las que para su conservación causaren gastos mayores que la utilidad, que de no venderse podría resultar. Tenían facultad de disponer en caso necesario el funeral y entierro, satisfacer los gastos que se hubieren causado por razón de la última enfermedad, los salarios de criados del servicio ordinario únicamente; pagar el derecho de alcabala que se hubiere causado, y abonar con arreglo al arancel las costas y derechos devengados en las actuaciones, siendo responsables del exceso que se notará. Podía también nombrar curadores ad litem, y discernir el cargo así á éstos como á los que nombraran los que tuvieran edad legítima para ello. (1).

22. Una de las primeras atenciones de estos jueces era la pronta cobranza de las deudas activas, á cuyo efecto requerían á los deudores, según fuese la naturaleza de las obligaciones, escrituras ó documentos en que constara nombrada alg una persona que debía hacerse cargo de la cobranza, con el estipendio y previa la correspondiente fianza; si era que no hubiese ningún interesado que pudiera desempeñar semejante comisión. Cuando había dinero ó plata labrada ú otras alhajas debían cuidar de su pronta seguridad, y disponían un depósito provisional, interin se remitiesen á las cajas del juzgado en los casos de su privativo conocimiento, lo cual debían ejecutar inmediatamente y bajo su responsabilidad, y sin esperar la conclusión de las diligencias, teniendo presente lo dispuesto en real cédula de 24 de Agosto de 1799. Advirtiéndole que en poder del defensor ó del escribano del juzgado,

(1) Artículos 26, 27, 28, y 29 de las mismas instrucciones.

(2) Artículos 29, 32 y 33 de dichas instrucciones.

(i) Art. 35 de id.

no podían entrar cantidad ni bienes algunos, y que las exhibiciones, enteros ó pagos que se hicieren sin la intervencion del juez general no relevaban á los dadores, quedando éstos por el contrario sujetos á segunda paga en conformidad de lo dispuesto en las leyes (1)

23. Habia un procurador de los ausentes ultramarinos para todas las causas que necesitaran de su representacion y defensa, al cual se daba el nombre de defensor general y solicitador, cuyo oficio era de los vendibles y renunciabiles de que habla la ley 1.ª tít. 20, lib. 8 R.

(1) Leyes 16 y 23, tít. 32, lib. 2 de la Rec. de Indias.

de Indias. Era obligacion del defensor promover y practicar en las referidas causas todo lo que un diligente procurador y agente promueven y practican, ya sea judicial ó estrajudicialmente asistiendo á los inventarios, almonedas y remates. De los escritos que presentaba y de cualquiera otra diligencia que causase derechos, cobraba los justos con arreglo al arancel, jurando los que percibia ó se le debieran ó si obraba de oficio.

24. En el dia abolido este juzgado, lo que se practica cuando en una testamentaria hay ausentes interesados, es nombrarles el juez ordinario un defensor con quien se entienden las diligencias del juicio.

CAPÍTULO V.

DE LA TASACION DE LOS BIENES HEREDITARIOS.

1. Será nulo el inventario siempre que no se especifique con claridad y precision el precio, medida, número y calidad de las cosas inventariadas.
2. Inventariados los bienes debe procederse á su tasacion aunque es mejor hacerla al mismo tiempo que el inventario.
3. El aprecio debe hacerse por uno ó varios peritos.
4. Cualidades que éstos deben tener.
5. El juramento de estos peritos es propiamente de creencia.
6. Si los peritos son públicos pueden ser obligados á aceptar su encargo y hacer la tasacion.
- 7 y 8. Cómo deberán hacer la tasacion.
9. Si los peritos fuesen nombrados por el juez podrán ser recusados bajo el mero juramento de que se les tiene por sospechosos.
10. El tercero en discordia debe ser nombrado por los mismos interesados, ó por el juez si éstos no se conformasen.
11. ¿Qué deberá hacer el juez si los primeros nombrados y el tercero en discordia no se conformasen?
12. El tercero en discordia no está obligado á conformarse con el dictámen de los otros, porque sean mas en número.
13. Si fuesen muchos los peritos y estuviesen discordes ¿á cuál de ellos debe darse crédito?
14. No pueden los peritos delegar á otro su encargo ó comision.
15. Caso de que los peritos por ignorancia ó malicia hicieren injustamente la tasacion.
16. Para que el juez acceda á la reduccion de la tasa no basta que uno de los herederos se queje del aprecio como injusto.
17. ¿Qué deberá hacer el heredero que siendo pobre impugnase la tasacion, y los coherederos no quisiesen hacer puja ni consentir en que los bienes se le adjudicasen por el precio de la tasa?

18. Si se vendieren algunos bienes de los tasados y el heredero ofreciese menos de la tasa, debe ser preferido á un extraño que prometiese mas al fiado.

19. ¿Qué deberá hacerse cuando una finca no admite cómoda tasacion?

20. La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia se ha de hacer luego que estén tasados y antes que se proceda á la division.

21. Consentido por los herederos el aprecio de los bienes hereditarios y hecha á cada uno su respectiva adjudicacion, no pueden reclamar contra la tasa á pretesto de haber sido perjudicados.

22. Si una alhaja estuviere notoriamente apreciada en mucho mas de su justo valor y los contadores se la adjudicaren á uno de los herederos sin sortearla, podrá el que se sintiere agraviado acudir al juez.

23. El aprecio hecho por los tasadores no perjudica regularmente á los acreedores ni legatarios.

24. Cuando un tercer poseedor tuviere que devolver los bienes que el difunto le vendió ó donó, á fin de pagar alguna deuda privilegiada, no estará obligado á pasar por la tasacion, que se haya hecho de los mencionados bienes.

1. Opinan algunos autores que para que el inventario se diga rectamente formalizado, no es necesario que los bienes inventariados se estimen, numeren, pesen, midan, ni describan con todas sus circunstancias, siempre que consten en él. Sin embargo, debe advertirse que será nulo el inventario cuando no se especifique con claridad y precision el precio, medida, número y calidad; y así no solo se han de inventariar los bienes en los términos espuestos, sino tambien apreciar, sin que obste cualquiera costumbre, ó por mejor decir, cualquier abuso que haga en contrario; porque sin la valuacion no se puede proceder á la particion, pues ni las fincas son iguales, ni los muebles y semovientes de un mismo valor, especie y calidad, para que indistintamente se pueda aplicar uno á cada partícipe. Mas esta doctrina no tendrá lugar cuando el difunto dejó valuados los bienes que tenia, en cuyo caso no hay necesidad de repetir la tasacion, á no ser que se probare que padeció alguna equivocacion en ella, ó que por alguna causa no hubo la rectitud debida.

2. Así pues, inventariados los bienes

debe procederse á su tasacion, aunque será mejor hacerla al mismo tiempo que el inventario; debiendo para ello ser citadas las partes, so pena de anularse el acto; á menos que los mismos interesados dieran comision á los peritos para que la ejecuten sin su asistencia ni citacion, ó los hubieren elegido de unánime conformidad, en cuyo caso tampoco es aquella necesaria. Si la tasacion se hiciere al mismo tiempo que el inventario, bastará una sola citacion para entrambos actos; y si se ejecutare separadamente, no se necesitan testigos como para el inventario, porque éstos son escusados en las declaraciones, á cuya clase pertenece la tasacion. En la citacion debe ponerse la fecha, y señalar á las partes el dia y hora en que se ha de hacer la valuacion, segun se practica.

3. El aprecio de los bienes inventariados debe hacerse por uno ó varios de los peritos destinados públicamente para este objeto, ó á falta de ellos, por las personas inteligentes que elijan los mismos interesados, pudiendo éstos nombrarlos por pedimento que presenten al juez, ó solo ante el escribano que entiende en la formacion del inventario.

4. Estos peritos deben tener conocimiento en la materia, probidad, buena opinion y las demás circunstancias que se exigen para testigo mayor de toda excepcion. Al aceptar el cargo deberán jurar que harán bien y fielmente la tasacion, á menos que sean tasadores públicos, y hayan jurado, segun costumbre, al tomar posesion de su oficio; pues en tal caso no es necesario que repitan el juramento. Tampoco tendrán necesidad de hacerlo cuando los interesados los elijan de conformidad, y los releven de él, ó para negocio estrajudicial como amigos.

5. El juramento de peritos es propiamente de creencia, porque recae sobre su entender, y sobre el concepto que forman del valor de lo tasado segun las reglas de su arte, las circunstancias del tiempo y su práctica en el oficio; y no de decir verdad, como el de los testigos que deponen de vista ú oídas, porque no pueden aquellos saberlo de cierto, á causa de depender de la comun estimacion de los hombres, y no tener valor intrínseco puesto por la ley.

6. Cuando los peritos son públicos pueden ser obligados á aceptar su encargo y hacer la tasacion; á menos que tengan impedimento ó excusa legítima; pero si fueren elegidos por las partes, solo podrán ser apremiados á tasar cuando en el pueblo no haya otros igualmente idóneos ó imparciales: de todos modos despues de aceptado el encargo, se les obligará á que lo desempeñen.

7. Los peritos deben ver y registrar todas las cosas que aprecian, tasándolas con separacion y no muchas por un precio, pues de lo contrario será este acto nulo. La valuacion ha de hacerse por el justo valor que á la sazón tengan las cosas; y no como se acostumbra para las subastas, apreciando los bienes en mas

de lo que valen para hacer la correspondiente rebaja. Este justo precio ha de arreglarse por la comun estimacion de los hombres, atendidos el tiempo en que se hace la tasacion, la costumbre del pueblo, las calidades y cargas de las cosas, su abundancia ó escasez, y no debe hacerse con nimio rigor, principalmente en el juicio divisorio, en el cual debe procederse con la mayor equidad.

8. En cuanto al valor de los bienes que cada consorte hubiere llevado al matrimonio, debe advertirse que si éstos consistieron en fincas, han de inventariarse por el valor que tenían en aquel tiempo, puesto que su respectivo dueño conservó en ellas el dominio; y si hubieren recibido mejoras útiles á la sociedad conyugal, han de apreciarse éstas con separacion para repartirlas; así mismo han de valuarse las pérdidas ó menoscabos que hayan tenido si hubiere gananciales, para sacar de éstos su importe; pues antes de repartirlos debe reintegrarse cada consorte del fondo ó capital que puso en la sociedad. Los diamantes y otros efectos que no se consumen con el uso, han de inventariarse tambien por el valor que tenían cuando se llevaron al matrimonio; pero si las partes se convinieron en que se tasen de nuevo para adjudicarlos por el valor que se les dé, prevalecerá su convenio.

9. Si los peritos fuesen nombrados por el juez, podrán ser recusados bajo el nuevo juramento de que se les tiene por sospechosos, protestando no proceder en ello maliciosamente, ni con intencion de injuriarlos; excepto el caso en que el juez los nombre por contumacia ó rebeldía de los interesados, pues entonces se necesita alegar causa para recusarlos, y que se proponga y pruebe por el recusante. Lo mismo procede cuando los peritos son

públicos, pues no basta el juramento de tenerlos por sospechosos, porque como se conceptúan personas de pureza y habilidad conocida, no se presume en contra de estas cualidades sin que se acredite en forma. Si las mismas partes nombraren de comun acuerdo los peritos, no podrán recusarlos, porque en el hecho de haberlos elegido, es visto que aprobaron su idoneidad; á menos que sobrevenga despues del nombramiento, ó de nuevo se sepa y pruebe alguna justa causa de recusacion. Lo mismo sucederá si cada uno de los interesados nombrare su perito, el cual no puede ser recusado por la otra parte, por cuanto debe haber igualdad entre ellos, y les queda el medio de recurrir á un tercero en discordia.

10. Este debe ser nombrado por los mismos interesados, ó por el juez, si éstos no se conformaren, ó no quisieren hacerlo. Puede tambien ser recusado con tal que se alegue justa causa, ya sea posterior al nombramiento, ya anterior, probándose que la ignoraba el recusante. Estando uniformes los peritos en su dictámen, no podrán nombrarse nuevos apreciadores, porque de este modo se harian interminables las tasaciones.

11. Si los primeros nombrados y el tercero en discordia no se convinieren, deberá el juez seguir el dictámen de aquel que le parezca mas arreglado, ó elegir un medio proporcional juntando las sumas de los tres, y deduciendo de su total la tercera parte, que será el precio mas aproximado á lo justo. Por ejemplo, si uno tasare en cinco, otro en diez, y el tercero en quince, cuyas partidas componen un total de treinta, se sacará de ésta el tercio, que son diez, y se considera como el precio ó valor aproximado. Si los interesados creyendo que la cosa vale mas ó menos se resistieren á tomarla,

pueden echar suerte para la aplicacion, y se adjudicará al que le toque; ó se procederá á la venta, y se repartirá su precio, que es lo mejor para evitar pleitos y desavenencias.

12. El tercero nombrado en caso de discordia no está obligado á conformarse con el dictámen de los otros porque sean mas en número, siempre que tengan razon para ello. Pero si los interesados hubieren nombrado unánimemente á los primeros peritos y al tercero en discordia, éste habrá de conformarse con el dictámen de uno de los otros, sin hacer aprecio separado, porque se infiere que los interesados eligieron al tercero, no precisamente para tasar, sino para decidir sobre el parecer discorde de los otros como arbitrador. Si fuese nombrado por el juez, podrá separarse de los demás haciendo su tasacion separada. Mas para evitar toda duda será conveniente que se haga el nombramiento con espresion de que sea para el referido efecto, y no para otro; advirtiendo que aunque los interesados prometan y juren pasar por el voto de cierto sujeto, no están obligados á conformarse con él, si fuere injusto; antes bien se ha de modificar su parecer arreglándolo á lo justo; y lo mismo sucede con toda promesa de obedecer el precepto de alguno.

13. Si fueren muchos los peritos y estuvieren discordes, para saber á cuales deberá darse crédito es necesario distinguir los casos siguientes. 1.º Cuando son desiguales en número é iguales en aptitud, se ha de seguir el parecer del mayor número. 2.º Cuando hay mayor pericia en unos y en otros, y discrepan en igual número, debe preferirse el voto de los mas inteligentes. 3.º Si hay igualdad, así en el número de los discre-

guir el dictámen de los que favorecen al que en el juicio hace la parte de reo. 4.º Si fueren varios los peritos que contradicen á uno solo, aunque éste tenga mas pericia, ha de creerse á aquellos. 5.º Cuando uno esmas anciano y práctico que el otro, debe seguirse el dictámen del primero; de lo cual se deduce, que el dictámen de los peritos ancianos en igual número debe ser preferido al de los jóvenes.

14. No pueden los peritos delegar á otro su cargo ó comision; porque habiendo sido elegidos por sus cualidades personales y jurando que harán la tasacion segun su leal saber y entender, es claro que ellos, y no otra persona, son los que deben ejecutarlo, y además porque ninguna ley les concede aquella facultad.

15. Si los peritos, por ignorancia, soborno ó mala fé, hiciesen injustamente la tasacion, compete á los agraviados los siguientes remedios legales: 1.º Pedir, por via de queja, reduccion de la tasa á arbitrio de buen varon, ante el juez que conoce de la testamentaria, implorando su oficio, si aun no hubiese aprobado ó reformado la tasa: 2.º Si la hubiere aprobado, apelar de esta providencia al juez superior, dentro del término legal que la ley concede al efecto: 3.º Pujar los bienes ofreciendo un aumento de precio.

16. Para que el juez acceda á la reduccion de la tasa á albedrio de buen varon, no basta que uno de los herederos se queje del aprecio como injusto, defendiéndole su coheredero, pues siendo iguales en número los que impugnan y los que defienden, debe creerse á los tasadores, por tener á su favor la presuncion de haber desempeñado bien el cargo, mientras no se pruebe lo contrario, y mas habiendo precedido juramento de practicar así; por lo que si el que impugna

la tasacion consiente en que se obliguen los bienes por el mayor precio que dice tienen, debe ser oido; y en otros términos no, por presumirse maliciosa su asercion.

17. Si fuere pobre el heredero que impugna la tasacion, y los coherederos no quisieren hacer puja, ni consentir en que los bienes se les adjudiquen por el precio de la tasa, puede aquel buscar un estraño que compre los bienes por el mismo precio, porque resulta beneficio á todos; pero si uno de los herederos quisiere los bienes por el tanto, debe ser preferido al estraño; si bien no se le admitirá aunque ofrezca mas precio por los bienes de la herencia, excepto que lo consientan todos los partícipes, ó á lo menos uno, el cual basta para compeler á los demás á que lo pujen ó admitan.

18. Si por cualquier motivo se vendieren algunos bienes de los ya tasados, y el heredero ofreciese menos de la tasa, ó quisiere tomarlos á cuenta de su haber, debe ser preferido á un estraño que prometiese mas al fiado; salvo si los demás interesados quisieren dar dichos bienes al segundo de su cuenta y riesgo, ó exigieren fianza á satisfaccion, en cuyos casos deberá ser preferido al primero.

19. Cuando una finca no admite cómoda division ó no conviene dividirla, y consta de partes desiguales en calidad, por ejemplo, una heredad ó posesion que se compone de buenas ó malas tierras, no puede ninguno de los herederos pujar lo que mejor le parezca, desechando las otras, pues debe pujarlas todas ó ninguna; pero esto se entiende cuando la heredad no tiene cómoda division ó hay justa causa para no dividirla; pues cesando estos motivos, puede cualquiera de los herederos pretender que se aprecien nuevamente con separacion las fanegas de tierra, segun su calidad y bondad.

20. La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia se ha de hacer luego que estén tasados, y antes que se proceda á la division, porque entonces á ninguno irroga detrimento, antes sí utilidad á todos en que acrezca su valor; pero despues de hechas las adjudicaciones, no se debe admitir, porque se perjudica al coheredero á quien se aplicaron. Lo mismo procede, cuando antes de la division se comunicó á todos la tasacion, y nada dijeron contra ella, ni hicieron mejora en bienes algunos, en cuyo caso tampoco se debe admitir por la propia razon, y por haber espirado el tiempo en que debieron impugnarla, pues por su silencio se presume haberla consentido y aprobado.

21. Consentido por los herederos el precio de los bienes hereditarios, y hecha á cada uno su respectiva adjudicacion, no pueden reclamar contra la tasa, á pretexto de haber sido perjudicados; aunque el reclamante sea menor, ya por haber mediado el consentimiento de todos, ya por ser eventual el perjuicio, si alguno hubiere; y finalmente porque en los negocios inciertos de que puede resultar ganancia ó pérdida, como el presente, no se admite restitucion, ni otro remedio por la lesion que se haya sufrido, aunque la alhaja se haya adjudicado por suerte, porque de este modo, si se hace sin fraude, á nadie se grava.

22. Si una alhaja estuviese notoriamente apreciada en mucho mas de su justo valor, y los contadores se la adjudicaren á uno de los herederos sin sortearla, podrá el que se sintiere agraviado acudir al juez, á fin de que se reparta el importe del exceso, ó de otro modo se supla la parte que corresponda al agraviado; pues cuando los árbitros perjudican gravemente con su sentencia, se conceptúa que proceden con dolo, y los que los

elijieron no están obligados á pasar por ella, y mucho menos no siendo éstos apreciadores árbitros con jurisdiccion, sino unos meros peritos.

23. El aprecio hecho por los tasadores no perjudica regularmente á los acreedores ni legatarios del difunto, si se hubiere ejecutado sin autoridad judicial, y aun interviniendo ésta, si tuviesen accion real ó hipotecaria contra dichos bienes, no les perjudicará tampoco, y á su instancia volverán á tasarse judicialmente; mas en caso contrario les perjudica, no habiendo intervenido fraude.

24. Cuando un tercer poseedor tuviese que devolver los bienes que el difunto le vendió ó donó, á fin de pagar alguna deuda privilegiada, por ejemplo la dote, y los bienes hereditarios no alcanzasen á cubrirla; no estará obligado á pasar por la tasacion que se haya hecho de los mencionados bienes, si se probase ó presumiese que dicha tasacion era injusta; pero sí le obligará acreditándose que es justa y arreglada.

25. Si el testador legare á alguno cierta alhaja graduando su valor, y mandare que por éste se le entregue, habrá sin embargo necesidad de inventariarla y tasarla, para saber su justo precio, y si éste excediese al que le puso el testador, tendrá el legatario que abonar el exceso á los herederos cuando reciba la alhaja; porque la intencion del difunto fué, segun parece, que se le diera por el valor que él designó, y no por otro mayor. Mas en este caso ú otro semejante deben examinarse atentamente, segun indica el reformador de Febrero, las palabras con que se dejó la manda, la cosa legada, las circunstancias de las personas y otras; pues podria suceder, que segun la voluntad del testador y sin perjuicio de las legítimas de los herederos forzosos, no tuviese el legatario que dar parte ninguna del aprecio del legado.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

Sobre inventarios.

No hay otro medio de averiguar si una herencia contiene mas bienes que deudas, que el de hacer un inventario exacto de los unos y de las otras; y como segun se ha dicho anteriormente no debe la ley causar una aceptacion forzada por solo el hecho de estar en el próximo grado sucesible, el inventario de los bienes hereditarios debe concederse á todo el que lo reclame á tiempo. Pero si él es introducido á favor de los herederos, no debe olvidarse de los acreedores de la herencia, cuyas acciones estando suspendidas del efecto legal durante su formacion, podrian causarles graves perjuicios si no se limitare el tiempo en que debe empezarse y concluirse. Nuestro derecho establece que debe comenzarse su confeccion dentro de treinta dias desde que el heredero sabe que lo es y finalizarse dentro de noventa, si bien concede al juez la facultad de ampliarlo hasta nueve meses ó un año, no estando los bienes en un lugar. El espresado periodo de los noventa dias parece en general suficiente para inventariar una herencia por mas cuantiosa que sea; por lo mismo el término de un año parece excesivo, y en consecuencia perjudicial, puesto que los acreedores han de estar esperando todo ese tiempo para percibir sus créditos y tambien para que durante esta vacante de propietario, los bienes en lugar de mejorarse recibirán deterioro. Sin embargo, como puede haber herencias tan ténues que baste para inventariarlas con comodidad menos tiempo, y otras muy cuantiosas para las que no sea suficiente aquel, sería bueno en mi concepto dejar á la pru-

dencia del juez el poder coartarlo hasta sesenta dias ó estenderlo hasta ciento veinte segun los casos.

Se dispone tambien, y en mi concepto acertadamente, que el inventario se ha de formalizar en el lugar del domicilio del difunto, y que á su confeccion deben citarse á la viuda y á todos los coherederos que hubiese. Esta citacion no ha de ser sin duda una diligencia vana y sin objeto, al contrario la presencia de los interesados servirá para que aquel se verifique con exactitud y pureza, lo cual evitará tambien el que despues anden alegando alguna ocultacion de bienes y se pase así mucho tiempo con grave perjuicio de los interesados. Con el mismo fin creo que estos inventarios debieran hacerse con intervencion judicial, la que podia solicitar bien el heredero ó cualquiera de los interesados, apoderándose el juez inmediatamente de todos los bienes para evitar de esa manera su ocultacion.

Me parecen juiciosas las reglas que se han fijado sobre la forma en que se ha de hacer la descripcion de bienes y deudas y su avaluacion. Y como ellas son aplicables á toda clase de inventarios, cualquiera que sea el concepto bajo el que se formalicen, sin duda hallarian un lugar mas acomodado en la parte de enjuiciamientos, sin embargo de que el último Febrero adicionado por el Sr. Tapia las trata en el presente lugar. Que el que acepta una herencia bajo de inventario, no puede ser reconvenido durante su confeccion, es claro por que hasta entonces no está declarado por tal: que el heredero beneficiado no está obligado á

mas que el valor de la herencia, es indisputable, porque precisamente ese es el fin del inventario averiguar su estado y no gravarlo en sus bienes propios, al contrario de cuando lo omite pues entonces se confunden todos: finalmente, que él pueda sacar los gastos que haga en defenderla y el crédito que contra ella tuviere es justo, ya porque lo uno se dirige á su utilidad y en lo otro no hay razon para perjudicársele. Sin embargo, es visto que esto último solo debe entenderse en el caso en que la herencia no llegue á cubrir las deudas y gastos, porque de lo contrario claro es que, pagadas ellas á los acreedores estraños, del resto que queda se habrá el heredero cobrado de su haber y gastos á título hereditario sin entrar por lo mismo en prorateos con aquellos.

Despues de hecho el inventario es consiguiente que la ley conceda al heredero algun término para examinarlo y deliberar si le conviene aceptarlo ó no; porque no puede procederse á lo primero sin ver antes las fuerzas hereditarias, ni la mera formalizacion de aquel bastará para enterarlo si despues no se le deja reconocer y formar juicio sobre él. Nuestra legislacion se funda en estas mismas razones para establecer el derecho de deliberar, pues da al heredero la facultad de reconocer las escrituras, papeles y demás documentos pertenecientes á la herencia, tanto de las deudas como de los créditos, lo cual es tambien un inventario; pero el término que se le señala me parece sin dudarlo excesivo. En efecto, una vez de formalizado el inventario aparecerán con claridad los bienes, créditos, deudas y gravámenes de la herencia, y en vista de ello creo que no será tan difícil formar un juicio sobre si le tiene cuenta ó no admitirla ó renunciarla. ¿No bastará para este exámen y deliberacion el espacio de un mes? Como he dicho antes al conceder este beneficio de inventario y derecho de deliberacion, es menester procurar conciliar dos intereses opuestos; por un lado los que tendrian los herederos de no concederles suficiente término para asegurar si les conviene ó no la herencia; y por otro el de los acreedores para que no se les obligue á esperarse un tiempo dilatado sin poder hacer uso de sus acciones. La medida propuesta evita los males de ambos extremos.

TITULO 18.º

De la division de los bienes hereditarios.

CAPÍTULO I.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR LA PARTICION, Y MODO DE PROCEDER EN ELLA.

1. Objeto de la particion y su definicion.
2. ¿De qué cosas puede hacerse la division y particion?
- 3 al 6. Modos como puede hacerse, y casos en que no es necesaria la intervencion judicial.
- 7, 8 y 9. ¿Quiénes pueden pedir la particion?

10. Si los herederos presentes no hacen mencion del ausente, no vale la particion en cuanto á él, ni le perjudica.

11, 12 y 13. ¿Qué deberá hacerse si uno de los herederos no posee al tiempo que viene el ausente la parte que á éste cupo, por haberla enagenado, ó por ser de aquellas que no pueden conservarse mucho tiempo?

14. ¿Ante qué juez debe pedirse la particion?

15. La accion con que se pide la division de la herencia es mista de real y personal.

16. Diferencia entre esta accion y la de particion de herencia.

17. Tiempo necesario para prescribir la accion de particion de herencia.

18 y 19. El juicio divisorio puede ser unas veces ordinario, y otras sumario.

20. Los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal la parte vendida, si en la herencia hay bienes raices.

1. Concluido legítimamente el inventario, y hecha la tasacion de los bienes hereditarios, se procede á la particion si la viuda ó algun heredero no hubieren hecho reclamacion alguna por ocultacion de algunos efectos, lesion en su aprecio ú otro motivo, en uso del traslado que de él se les debe dar, si no lo presenciaron, porque si estuvieron presentes es inútil comunicárselos. La particion se hace con el objeto de que sabiendo cada uno cuáles son sus bienes, los custodie y disponga de ellos á su arbitrio como dueño propietario, y se eviten las desgracias que de la falta de division se originen, pues ninguno puede ser compelido á tener contra su voluntad comunicacion de bienes con otro (1); ni vale el pacto de subsistir siempre en ella; ni tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador; porque la comunidad perpétua está prohibida por derecho, y nadie puede hacer que las leyes no tengan lugar contra su testamento. Así pues, la particion es el repartimiento de los bienes del difunto entre las personas á quienes corresponda. Consta de dos partes, á saber: liquidacion y adjudicacion. De ambas trataré posteriormente en lugar oportuno.

cion ó division de todas las cosas propias del difunto (aunque en ellas tengan parte sus herederos), y sobre las cuales pueda contratarse; pues si entre los bienes hereditarios hubiere escritos prohibidos, venenos ú otros efectos nocivos y perjudiciales, no deberán partirse sino recogerse por la autoridad correspondiente para hacer de ellos lo que prescriban las leyes. Si entre los bienes del difunto hubiere algunos robados ó mal adquiridos, tampoco se han de dividir, sino que los herederos deben restituirlos á sus dueños (1). Si alguno de los herederos probare que son suyas ciertas cosas que señala, no se deberán incluir en el juicio divisorio.

3. La particion puede hacerse de dos modos: Primero: Judicialmente, cuando por menor edad, ausencia ó incapacidad de algun heredero, se requiere una vigilancia especial, y es necesaria por consiguiente la autorizacion del juez, á fin de evitar perjuicios á los que personalmente no puedan precaverlos. Segundo: Extrajudicialmente ó sin intervencion de juez, la cual no es necesaria en los casos siguientes: 1.º Cuando el testador deja hecha la particion, la que será válida (2); en la inteligencia, que si perjudicare á

2. Puede hacerse regularmente parti-

(1) Ley 1, tit. 10, p. 5.

(1) Ley 2, tit. 15, p. 6.

(2) Ley 9, tit. 15, p. 6.

alguno de los herederos descendientes ó ascendientes en su legítima, deberá suplirse ó completarse la falta que haya en ella. 2.º Siempre que el testador deja uno ó mas hijos menores de edad, y nombra en su testamento tutor, que no sea participe en la herencia, ú otras personas de confianza á quienes da facultad para hacer el inventario, la tasacion y particion, sin acudir al juez (1) sino únicamente para la aprobacion de las diligencias practicadas, segun la real cédula de 4 de Noviembre de 1791, en cuyo caso no deberán pagarle mas derechos, que los del auto de aprobacion, y no como si hubiera concurrido á todo. Segun Febrero no es necesaria en este caso dicha aprobacion, y se funda en que si el testador tiene facultad para dividir su hacienda entre sus herederos legítimos y estraños, y para señalar á sus hijos su legítima, sin que sea necesaria la intervencion y aprobacion judicial; si varias leyes recopiladas (2) le permiten dar poder á las personas que quiera para ordenar su testamento, nombrar tutores y hacer todo lo que deje de practicar por sí propio, ¿porqué no ha de poder conferirlo tambien para que sin dicha intervencion ni aprobacion hagan el inventario, tasacion y particion estrajudicial de sus bienes; y porqué ha de entrometerse el juez de su propia autoridad á conocer en este caso de su testamentaria, y privar á los comisionados del testador del uso de su derecho? Ni se diga por eso, continúa, que por la falta del juez puede ocasionarse perjuicio á los menores; en primer lugar, porque les queda salvo su derecho hasta los veintinueve años de su edad para reclamar y hacer que se reforme la particion; y en segundo lugar, porque el juez no suele hacerla, sino los partidores que los parten ó quien los represente, y en conformándose éstos, las aprueba, estén bien ó mal hechas; y por mas que interponga su autoridad, siempre es y se entiende cuanto ha lugar en derecho; de suerte que si segun éste se halla mal formada, de nada sirve su interposicion, porque no deshace los agravios, ni puede impedir á los agraviados, el uso del suyo hasta la referida edad, y así vemos todos los dias pleitos de agravios hechos en particiones judiciales. Mas á pesar de lo que dice el autor, la aprobacion del juez es siempre necesaria, cuando hay menores, como lo prueban las siguientes palabras de la ley 10, tít. 21, lib. 10, de la Novísima Recopilacion. „Cumpliendo „despues dichos testamentarios con pre- „sentar las diligencias ante la justicia del „pueblo para su aprobacion y que se pro- „tocolicen en los oficios del juzgado del „juez ante quien se presenten.” Y en la nota de la misma ley se previene lo siguiente. „Por real resolucion á consulta „de 26 de Abril de 1791, y consiguiente „cédula del consejo de Indias, fecha 20 „de Enero de 92, se sirvió S. M. decla- „rar que cuando el padre nombre en su „testamento contador y partidor estra- „judicial y las partes están conformes en „que tenga efecto, no debe impedirse por „la justicia aunque haya menores ó au- „sentes, quedándola salvo el acto de apro- „bacion de cuenta y adjudicaciones que „se practiquen por el comisionado, y el „poder reparar entonces cualquier agra- „vio que se notase, por ser esto lo mas „conforme á las leyes y á las amplias fa- „cultades que por ellas se conceden á los „testadores.”

(1) Ley 10, tít. 21, lib. 10, N. R.

(2) Véase el tít. 19, lib. 10, N. R., y la ley 10, tít. 21 del mismo lib.

4. El escribano tampoco podrá deven- gar mas derechos, que los del auto de a

probacion, los de protocolizar el inventario y particion y los testimonios de adjudicacion teniendo presentes las advertencias siguientes: 1. ^o Que todo ha de entenderse en papel sellado correspondiente como si fuera particion judicial, y que no estando estendido en él, no debe admitirlo, ni protocolizarlo: 2. ^o Que en el preámbulo ó principio de la particion han de entrar hablando como otorgantes los comisionados, especificando la comision que tienen con individualidad, lo cual ha de ejecutarse tambien en el inventario estrajudicial: 3. ^o Que estos comisionados no tienen que obligarse ni renunciar leyes, pues nada practican por su hecho propio; y si únicamente deben declarar haberla formalizado fiel y legalmente segun su inteligencia, sin agravio de los interesados en el caudal hereditario, á los que han de obligar de eviccion de lo que salga fallido, ó se quite en juicio á algun partícipe: 4. ^o Que no lleve mas derechos que los de protocolizacion y testimonios que dé segun el arancel, y el tiempo que se ocupe en ello, puesto que no trabaja en otra cosa alguna.

5. El tercer caso en que no se necesita para la particion la intervencion judicial, es cuando los herederos son mayores de veinte y cinco años; pues entonces pueden hacerla por sí propios, reduciéndola ó no á escritura, segun les parezca, bien que interviniendo ésta, (como debe ejecutarse cuando haya bienes raíces ó derechos perpétuos, para que de este modo conste y se pueda acreditar su pertenencia en lo sucesivo) pueden, si quieren, presentarla despues al juez que confirme ó apruebe la particion, y la mande protocolizar, y á cada uno se dé el respectivo testimonio de su haber; aunque en este caso no es necesaria su aprobacion, ni la da mas vigor, ni la necesi-

ta si está bien hecha, ni la quita la nulidad ó agravios que contenga; ni tiene potestad de hacer válido lo que por derecho es nulo, á causa de no ser legislador, sino executor de la ley. Así que basta que el escribano la protocolice, y dé los testimonios que le pidan, como de acto estrajudicial que es reducido á escritura pública, y para ante él; pero si es de muebles, semovientes ó dinero, no es menester su protocolizacion, y basta el reciproco resguardo.

6. Tambien hay otro modo de hacerse estrajudicialmente la particion, del cual trata la ley 80, tit. 18, part. 3. ^o y es por escritura que todos otorgan, y formaliza el escribano, dándose por pagados de la cuota y bienes que se les aplican, y segun derecho les corresponden, los cuales se deben individualizar en todas las clases de particiones, para que siempre conste lo que cada uno lleva y le sirva de título legítimo de pertenencia la adjudicacion que se le forme. Pero de cualquier modo que se practique, si hay testamento, se ha de hacer segun el orden y forma legalmente prescrita por el testador.

7. Pueden pedir la particion todos y cada uno de los herederos ó partícipes en la herencia del difunto, y sean mayores de veinticinco años, y tengan capacidad legal para disponer de sus bienes; pues por los menores ó incapaces y demás á quienes está prohibida la administracion de ellos, han de pedirla sus curadores y defensores, debiendo nombrárseles al efecto si no los tuvieren. Tambien puede pedir particion la viuda del difunto, aunque no sea heredera, para que se les satisfagan los gananciales y demás derechos que le pertenezcan.

8. Igualmente puede pedirla el que pretende ser partícipe ó heredero, con

tal que posea la herencia; pues si no la posee, y se le niega la calidad de partícipe ó coheredero, no será admitido al juicio divisorio; debiendo antes pretender en juicio ordinario se le declare heredero, y conseguida esta declaracion, será admitido á la particion con los demás. Y si antes de hacerse la division vendiese alguno de los herederos á un extraño la parte que le corresponda de la herencia, será admitido el comprador al juicio divisorio; porque se le transfieren por la venta, activa y pasivamente, todas las acciones útiles que competian al vendedor, del mismo modo que cuando por delito de algun heredero recae la herencia en el fisco, será admitido á la particion porque se reputa heredero, y como tal le corresponden todas las acciones. (Prohibida como está en el dia la confiscacion, claro es que esto último no tiene ya lugar).

9. Estando ausente alguno de los herederos, podrán los presentes pedir la particion; pero el juez debe comunicar á aquel el traslado de la pretension de éstos con el término competente, para que esponga lo que á su derecho crea corresponder, porque se trata de su interés y perjuicio, ó mandar á todos que nombren contadores; y resultando no estar notificado el ausente, no ha de proceder en la causa hasta que se cite, porque toca á su oficio sustanciar el proceso en forma legal; y así le ha de proveer de defensor, con el cual se sustanciarán la particion y sus incidentes; pero ha de constar prévia informacion no solo de su ausencia, sino de que no se espera su pronto regreso, y que no ha sido fácil por la distancia enviar el poder á quien haga sus veces (1); pues sabiéndose su fijo pa-

radero, y pudiendo citarse por requisito, se debe espedir á este efecto.

10. Si los herederos presentes no hicieron mencion del ausente, ó se ignorase que existia, y se hiciere la particion sin contar con él ó su defensor, no valdrá en cuanto á él mismo, ni le perjudicará; aunque será válida con respecto á los presentes, debiendo éstos dar al ausente, cuando parezca, la parte que le corresponda.

11. Si cuando llegase el ausente, uno de los herederos presentes no posee ya la parte que le cupo, por haberla vendido y sido de aquellas que no pueden conservarse mucho tiempo, ó ganados que se murieron ú otros bienes muebles que vendió en bajos precios, y valen entonces mucho mas que lo que le dieron por ellos, ó de lo que valian al tiempo de la particion; en este caso si el ausente quiere recibir el precio en que su parte se vendió, puede pedirlo y exigirlo del coheredero, porque en este juicio, como universal para los interesados, sucede el precio en lugar de la cosa; pero si no se acomoda á recibir dicho precio por ser poco, ó porque la cosa vendida era raiz, y quiere su parte con frutos, se ha de distinguir si el heredero procedió ó no con buena fé. Si al tiempo de la particion corria válidamente la noticia de haber muerto el ausente, se entenderá que hubo buena fé, y no estará obligado á satisfacerle mas que el precio, ya sea el justo, ó menor de lo que valia la cosa; y si éste se perdió ó lo empleó en otra cosa, la cual pereció tambien sin culpa suya, tampoco estará obligado á restituírle mas que el que entró en su poder, y si nada se utilizó, nada deberá restituírle: tampoco podrá reclamar del comprador ni de su heredero dicha cosa ni sus frutos, si el vendedor se obligó á la eviccion;

(1) Ley 12, tit. 2, part. 3.

pero no habiéndose obligado se le podrá exigir.

12. Si el heredero hubiese procedido de mala fé, como si estando vivo el ausente y en parage de donde avisándole podia venir ó enviar poder, no le avisó, antes bien efectuó sin él la particion, debe restituírle su parte con frutos, entregando éstos si existen; y si no se hallan existentes, pero pudieran estarlo, habiéndolos conservado, tendrá que volverlos en la propia especie, pues no debió haberlos consumido ni vendido, por no ser suyos; á no ser que hubiere tenido justa causa para venderlos, como para pagar deudas de la herencia, ó porque se perdian, pues en este caso estará únicamente obligado á restituír el justo precio que al tiempo de la venta tenían. Y si el heredero ausente estimare mas útil recibir el precio, estará en su eleccion pedir uno ú otro.

13. Si los frutos se hubieren consumido ó vendido antes que el ausente solicitase su parte, porque no se podian conservar hasta entonces, siendo por lo mismo no solo útil sino necesaria su venta; el heredero solo estará obligado á la restitution del precio que acredita haber percibido por ellos; todo lo cual debe observarse no solo en los casos espresados, sino cuando hay poseedor de cosa agena con buena ó mala fé, ya sea reconvenido por la accion universal de peticion de herencia, ó por la particularidad de reivindicacion.

14. Debe pedirse la particion de la herencia ante el juez del territorio en que estuvieren situados los bienes de aquella (1). Si éstos se hallan en diversos territorios, se ha de solicitar ante el juez de aquel en que esté la mayor parte de los

mismos; pero si el juez del lugar donde estuvo domiciliado el difunto y á quien corresponde el conocimiento del inventario hubiere intervenido en éste; á él debe pedirse la particion como perteneciente al mismo negocio. Si el que provoca el juicio divisorio, y pide la particion fuere clérigo, deberá acudir al juez lego, por la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo (1); y si la pide el lego, ha de acudir éste ante el mismo juez secular, porque á éstos es á quienes pertenece el conocimiento de toda clase de testamentos, aunque las personas interesadas en ellas fuesen aforadas como se dirá despues, sobre cuya materia puede verse á la Curia Mexicana, pág. 33, núm. 125. El juez del inventario deberá conocer en todos los casos y de todas las dudas que se ofrezcan en la particion, como subsidarios y conexos con él, y esto es lo que se practica. Y lo mismo sucede si el lego fuere heredero del clérigo, se ha de pedir la particion ante el juez secular, porque se hacen de aquel los bienes por la aceptacion de la herencia.

15. La accion con que se pide la division de la herencia es mixta de real y personal, porque participa de una y otra. Es real, en razon de que se dirige á efectuar la division de cosas comunes; y personal, por las prestaciones ó indemnizaciones personales que se exigen con los nombres de lucro, daño ó gastos; esto es, si alguno de los herederos percibe ó lucra alguna cosa de la masa comun, debe dar la correspondiente parte á los demás. Por el contrario si hiciere algunos gastos útiles á los bienes hereditarios, deberá ser reintegrado por los coherederos á proporata; y si por culpa ó negligencia suya se irrogase algun daño á dichos bienes,

(1) Ley 10, tit. 15, p. 6.

(1) Ley 1.ª tit. 6, p. 6.

deberá resarcir á los coherederos proporcionalmente.

16. No debe confundirse esta accion de division con la de particion de herencia, las cuales se diferencian en que la primera se da al que posee el todo ó parte de ella, ó á quien no se niega por su adversario la cualidad de ser coheredero, y así ha de pedir directamente su division; pero la segunda se da al que no posee ni es reconocido por su adversario como tal coheredero. En tales casos la primera diligencia que debe practicarse, es el presentar la solicitud de que se declare préviamente por heredero, pues que sin esta declaracion prévia no se le tendrá como parte para pretender la division (1).

17. La accion de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia, como mixta no se prescribe hasta los treinta años; aunque por estar los coherederos mas de treinta ó cuarenta años en la posesion de las cosas hereditarias, no tiene lugar dicha prescripcion (2), ya porque no puede inducir la un acto voluntario cual es el de haber permanecido todos voluntariamente en posesion, y ya porque en el hecho de poseer en comun, parece que cada uno defiende su derecho y no se le puede imputar negligencia, que es una de las causas inductivas de la prescripcion. Sin embargo de esto, para que la particion se entienda hecha entre mayores, no se requiere el trascurso de treinta años; y así es que si los hermanos

despues de la muerte de su padre habitan separados por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, se presume hecha la division de la herencia paterna.

18. El juicio divisorio puede ser unas veces ordinario y otras sumario, segun el asunto de que se trate. Si el sugeto contra quien se pide la particion, negare al que la pretende la calidad de heredero, se ha de proceder en juicio ordinario, para que se declare si es ó no tal heredero, y segun fuere esta declaracion se le admitirá ó no al juicio divisorio. Si por el contrario confesare el demandado al que pretende la particion corresponderle la calidad de heredero, procederá sumariamente el juez, mandando á todos los partícipes en la herencia que nombren contadores para verificar dicha particion, designándoles para ello lugar y tiempo. No pareciendo alguno de los nombrados, aperecerá el juez al que le nombró que harán la division los concurrentes, parándole el mismo perjuicio que si aquel asistiese; sin embargo, la práctica es notificar el nombramiento á los peritos, los cuales aceptan el encargo, jurando desempeñarle bien y fielmente, segun su inteligencia, sin causar agravio á los interesados, lo cual no es contrario á la disposicion de la ley recopilada (1).

19. También procederá sumariamente el juez, cuando alguno de los interesados, reclamando que trata de adjudicarse la cosa tasada en mas de lo que vale, ó al contrario sabiendo que se apreció en menos de su justo valor, para aplicarla al coheredero, pide al juez que deshaga el agravio, reduciéndola por sí á su justo precio, ó mandando que se vuelva á tasar por nuevos peritos. Así mismo se tratarán en juicio sumario cualesquiera

(1) Ley 26, tit. 2, p. 3.

(2) Segun la 1, 2, tit. 8, lib. 11 de la N. R., la accion que tiene un comunero de alguna herencia para pedir su parte, no puede ser prescrita por el otro coheredero que la poseyese entera. Mas esto solo debe entenderse cuando se prueba que no hubo division, pues si no pudiese acreditarse así, se presumirá hecha por la posesion de 10 ó 20 años segun Febrero y de 30 segun otros autores.

(1) Ley 2, tit. 21. lib. 10 de la N. R.

otros incidentes que ocurran, como recusacion de contadores &c, de cuyos artículos como que no causan perjuicio irremparable, no deberá admitirse apelacion en el efecto suspensivo.

20. Los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal, toda la parte vendida si en la herencia hay bienes raices, porque son partícipes y co-

muneros (1). Lo mismo procede aunque todos los bienes de la herencia sean muebles (2); como así mismo en los derechos y acciones vendidos con las cosas muebles y semovientes no existiendo en ella otros bienes; en la comunidad del usufructo, y tambien en la redencion del censo perpétuo, porque se reputa inmueble.

CAPÍTULO II.

DE LOS CONTADORES Y PARTIDORES.

1. Circunstancias que deben tener los contadores.
2. Personas que pueden ser nombradas para hacer particiones.
3. Los que fueren nombrados contadores no pueden ser compelidos á aceptar su encargo.
4. Siendo varios los herederos bastará un solo contador si se conviniere en ello.
- 5 y 6. Pueden ser recusados por las partes interesadas; modo en que debe hacerse esta recusacion y causas porque puede hacerse.
- 7 y 8. Resuélvese la cuestion de si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá ser recusado por la parte contraria.
9. Si discordasen los contadores nombrados por los herederos, podrá procederse al nombramiento de un tercero en discordia.
10. Los contadores tienen facultad para hacer la liquidacion y la adjudicacion.
- 11 hasta el 26. Advertencias á los contadores para que procedan con justicia en la particion y adjudicacion de los bienes hereditarios.
27. Pueden los contadores ser compelidos á hacer las adjudicaciones.
- 28 y 29. Diligencias que deben practicarse para proceder á la particion.
30. Si les ocurriese alguna duda deberán consultarla al juez.
31. Pueden los contadores enmendar el error que hubiesen padecido y reformar su parecer para evitar controversias.

1. Ventilados y definidos los incidentes antes de proceder á la division de la herencia, segun queda explicado en el capítulo anterior, deben los interesados proceder al nombramiento de contadores que ejecuten dicha particion. Estos han de ser diversos de los tasadores ó apredadores de bienes y muy inteligentes, no solo en el ramo de contabilidad porque el error material de cálculo se puede fácilmente enmendar y salvar, sino tambien en los puntos de derecho; pues de no con-

currir simultáneamente en ellos ambas circunstancias, pueden ocasionar por su impericia costosos pleitos, causando por consiguiente imponderables perjuicios á los interesados. Los contadores deben jurar al modo que los jueces árbitros y tasadores, ante el escribano originario ó de diligencias de la testamentaria segun se practica.

(1) Ley 8, tit. 13, lib. 10, N. R.
 (2) Ley 55, tit. 5, p. 5.

2. Todas las personas á quienes por derecho se permite comparecer en juicio, y los dos sobrinos otro solo; y la razon tratar y contratar, pueden ser nombradas es, porque cada hermano sucede por sí para hacer particiones, porque es un acto estrajudicial; bien que su parecer se ha de presentar al juez para que lo apruebe y mande cumplir siendo arreglado. El mismo ó *in capita*, y los sobrinos en representacion de su padre que era otro de los hermanos del difunto; que es lo que se llama suceder *in stirpem*. Así mismo que tenga diez y ocho años, aunque sea menor de veinte y cinco, puede ser contador segun Febrero, respecto á que no teniendo curador puede contratar por sí, y ser procurador para negocios estrajudiciales (1). En la práctica es corriente que solo los abogados hagan particiones judiciales, segun está prevenido en auto del Consejo de 11 de Abril de 1768, por las consideraciones espuestas en el número anterior.

3. Los que fueren nombrados contadores no podrán ser compelidos á aceptar el cargo de tales si no quisieren; pero una vez aceptado se les puede obligar á que lo evacuen; por lo que al principio es voluntario para su admision, se constituye obligatorio segun derecho para su ejecucion despues de admitido; á menos que se alegue y pruebe alguna justa causa para escusarse del espresado cargo.

4. Siendo varios los herederos bastará un solo contador, si todos convinieren en ello; pues de este modo se pueden evitar gastos y desavenencias, y no hay ley que prevenga lo contrario; pero si no hubiere entre los coherederos esta conformidad, cada uno puede nombrar el suyo, siempre que sea llamado por sí á la herencia y no en representacion de otro. Por ejemplo: si quedasen por herederos dos hermanos del difunto, juntamente con dos sobrinos hijos de otro hermano, cada

uno de aquellos nombrará un contador, y los dos sobrinos otro solo; y la razon es, porque cada hermano sucede por sí mismo ó *in capita*, y los sobrinos en representacion de su padre que era otro de los hermanos del difunto; que es lo que se llama suceder *in stirpem*. Así mismo cuando queda sin hijos la viuda, y su difunto marido hubiere instituido por herederos á dos ó mas parientes, han de ser nombrados solo dos contadores, uno por aquella y otro por los parientes; pues todos los herederos juntos representan al que los instituyó. Si alguno de los interesados se negase á nombrar contador, procederá el juez á nombrárselo de oficio.

5. Pueden ser recusados por las partes interesadas los contadores, con la diferencia de que si hubieren sido nombrados por los mismos herederos, es necesario para que proceda dicha recusacion, que sobrevenga justa causa, y se pruebe judicialmente; pero si fuere el juez quien los nombrase de oficio, se les podrá recusar con solo el juramento de que se les tiene por sospechosos, admitida que sea en cualquiera de dichos casos la recusacion, será removido el recusado y se nombrará otro en su lugar.

6. Las causas por las cuales pueden ser recusados los contadores nombrados por las partes son: 1.ª La parcialidad, y ésta se presume cuando sobreviene enemistad grave, ó amistad íntima entre el contador y alguno de los interesados en la herencia; cuando es partícipe en ésta el contador, ó si entre él y alguno de los interesados mediare parentesco de consanguinidad ó afinidad en cuarto grado; 2.ª La enfermedad ó larga ausencia del contador; 3.ª El destierro ó la prision de éste por delito; 4.ª Si el contador se ordenare *in sacris* ó fuere llamado á suceder en la herencia del que le nombró; 5.ª

(1) Ley 3, tit. 9, lib. 3, N. R. 6 3, tit. 1, lib. 11, N. R.

El crimen de heregía: 6.ª La infamia de hecho ó de derecho.

7. Suscítase la cuestion si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá recusarse por la parte contraria. Ayora resuelve que el contador nombrado puede ser recusado por las causas espresadas en derecho; porque tiene facultad para dividir y adjudicar los bienes hereditarios, y puede por consiguiente ocasionar agravio; pero que los nombrados para formar cuentas de tutores, administradores, compañías y otras personas semejantes, no pueden serlo porque carecen de jurisdiccion, y solo tienen facultad de dar sus pareceres y remitirlos al juez á fin de que sentencie y determine.

8. A pesar de este dictámen como ninguna ley hace mencion de estos contadores de particion, se debe recurrir á las que tratan de árbitros, en cualquiera duda que ocurra sobre ellos; y en consecuencia debe distinguirse de este modo: si los contadores fueren nombrados como jueces árbitros y arbitradores ó amigables componedores, y para ello precediere compromiso de las partes con las facultades de que den á la una y quiten á la otra á su arbitrio y con pena convencional, podrán entonces ser recusados por las causas porque pueden serlo los árbitros con arreglo á derecho; debiendo la parte que se dice agraviada, para que se la oiga sobre el agravio, depositar la pena, y apelar ó pedir reduccion dentro de los diez dias legales. Pero faltando el espresado requisito de arbitracion, no pueden ser recusados los partidores, porque por mas autoridad que se les quiera atribuir, no se estiende á mas que á un parecer ó dictámen que con nombre de peritos dan segun su inteligencia, el cual, como de nada sirve mientras el juez no lo aprue-

be, y el agraviado en caso de apelar no tenga que prestar ninguna fianza (1), no tiene fuerza de sentencia; mayormente cuando no siendo letrados estos peritos, no pueden ser nombrados para artículo que consista en cuenta, tasacion ó pericia en arte ú oficio como lo manda la ley (2). Si hubiere algun punto oscuro ó duda de derecho, lo deberán consultar y proponer al juez, para que lo resuelva con audiencia de los interesados antes de proceder á formar la particion; y así en uso del traslado que de ésta debe comunicárseles, pueden esponer los reparos que tengan por conveniente, con tal que no la consientan antes; pues el traslado es para que en su vista se conformen con ella ó espongan ante el juez los agravios que contenga, y pidan se deshagan, y no para otro efecto; sobre lo cual, si el agravio consiste en hecho, se les debe oír en via ordinaria.

9. Si discordasen los contadores nombrados por los herederos, el juez podrá apremiar á éstos para que nombren tercero en discordia, ó nombrarle él mismo para evitar las desavenencias que suelen suscitarse entre los interesados; y aunque de tres contadores se conformen dos, se dará no obstante traslado á las partes, bien para que se conformen ó digan de agravio, en cuyo caso se les oirá en juicio ordinario, como se ha dicho en el número anterior; no debiendo por consiguiente aprobar el juez la particion hasta que las partes hayan alegado sus respectivos derechos, y justificado los agravios. Así que despues de oír plenamente á las partes, y con vista de las probanzas que hagan, si los agravios consisten en hecho, dará su sentencia, de la cual podrán ape-

(1) Ley 5 y nota 1.ª tit. 17, lib. 11, N. R.

(2) Ley 1, tit. 21, lib. 10, N. R.

lar en el término legal si no la consienten.

10. Como toda division de bienes, segun lo dicho en el número 1.º del capítulo anterior, consta de dos partes, á saber: liquidacion y adjudicacion, puede ocurrir la duda de si los contadores están solamente autorizados para liquidar, y no para adjudicar á cada interesado lo que le corresponda. Pero en atencion á que en el hecho de nombrarlos las partes, se entiende que les dan comision para todo, é igualmente el juez cuando interviene, y aprueba el nombramiento; es claro que tiene facultad para ejecutar ambas cosas.

11. Como en las particiones cada uno de los interesados quiere regularmente lo mejor, para que el contador proceda con justicia en la particion y adjudicacion de los bienes hereditarios, y no ocasione pleitos ni desavenencias, debe tener presentes las advertencias siguientes: Primera. Debe guardar la correspondiente igualdad y proporcion, no solo en cuanto al número, cuota ó cantidad que á cada interesado pertenezca, sino tambien á la estimacion y calidad de las cosas que adjudique, no aplicando á uno lo bueno y apreciable, y á otro lo malo; antes bien deberá repartir á todos proporcionalmente, y de todas clases y calidades en cuanto sea posible. Si hay cosas ó géneros vendibles, debe guardar con ellos la misma proporcion, atendiendo á su buena, mediana ó poca salida, y no precisamente á su valor; á cuyo fin deberá informarse de personas versadas en la materia, y los dividirá en varias clases, advirtiéndose que si perjudicare á alguno de los interesados, ha de ser oido en juicio contradictorio, ó bien el juez deshará el agravio á arbitrio de buen varon, con audiencia de los partícipes de la herencia.

12. Segunda: Si en cualquiera de las fincas hereditarias tuviese parte alguno de los interesados ó herederos, ya sea por haberla comprado antes ó por haberla legado, donado ó adquirido por otro título, debe adjudicársele el total de ella; y si fueren varios los partícipes, debe ser preferido el que mas parte tenga.

13. Tercera: Si los consortes hubiesen celebrado contratos nupciales, ó los demás herederos hubiesen hecho legítimamente algunos pactos relativos á la herencia ó division de ellos, deberá observarlos exactamente el contador, sin tergiversarlos ni alterarlos, ni en todo ni en parte; prefiriendo siempre la utilidad comun á la de cualquier interesado, é igualando con dinero la desventaja que hubiere en la adjudicacion de las cosas, cuando no se pueda de otro modo.

14. Cuarta: Si repartiére entre los interesados alguna cosa inmueble ó raiz que admita cómoda subdivision, no ha de aplicar á uno porciones interpoladas, por ejemplo, una al principio y otra al fin, sino contiguas en cuanto sea posible.

15. Quinta: Si alguno de los partícipes poseyere alguna finca ó parte de ella contigua á otra de la herencia, ha de adjudicársele ésta, porque debe ser preferido á los demás por dicha inmediacion. Así mismo cuando el difunto hubiere dejado varias heredades inmediatas unas á otras, ha de aplicar á cada interesado lo que le quepa, guardando en lo posible la contigüidad, para que no haya interpolacion entre unos y otros.

16. Sesta: Cuando se trate de vender la cosa ó alhaja, ha de apreciarse toda ella á un tiempo y no separadamente la porcion que corresponda á cada partícipe; pues como en todas ó la mayor parte de las cosas hay trosos ó porciones desiguales en calidad, resultaria desventaja

para algunos; fuera de que no teniendo la cosa sino un solo precio, se encontrará mas fácilmente comprador.

17. Séptima: Siendo posible deben adjudicarse á cada interesado las alhajas ó fincas íntegras y separadas, á fin de evitar las discordias que suelen originarse de la proindivision, bien que á veces será preciso dejar á muchos ó todos el uso comun de alguna cosa, si no pudiere dividirse ni apreciarse de otro modo, ni querer los interesados que se venda; por ejemplo, si dos de ellos tuvieren dos casas contiguas y hubiere un solo portal para el uso de ambas, ha de quedar éste *pro indiviso*, á no ser que admitiere cómoda division.

18. Octava: Si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa ó fundo comun en que todos hayan de tener servidumbre, no se debe adjudicar á unos la de sus partes por las de los otros; pues ninguno de ellos está obligado á dar paso al otro para la suya, aunque no tenga entrada por otra parte; á menos que así lo pactasen espresamente, y lo mismo procede con el vendedor respecto del comprador, ya sea rústico ó urbano el predio. Mas esto no tiene lugar cuando no puede hacerse la adjudicacion de otra suerte, como si tres hermanos poseen una casa compuesta de tres solares, y á cada uno se aplica su solar, porque así lo quieren, y para usar del suyo el del superior, como cuando los poseia todos el padre comun, es preciso pasar por el del inferior: en este caso debe el contador dejar reservada espresamente en las de todos la servidumbre para ellos, de suerte que ninguno pueda impedir á otro el tránsito, antes bien lo tenga franco y espedito, como si fuera dueño y poseedor de todos tres.

19. Novena: No debe procederse á la venta de la cosa mientras se puede evi-

tar; pues así como cuando no permite cómoda division se puede vender, del mismo modo siendo susceptible de ella se ha de asignar á cada partícipe su porcion, y no podrá ser compelido en este caso á recibir contra su voluntad el importe de su valor ó estimacion.

20. Décima: Debe hacerse separacion de los bienes que cada consorte hubiere llevado al matrimonio, y los que adquirió durante él por herencia, compra ó de otro modo lucrativo; porque siendo suyos propios, es justo que se le entreguen los mismos; pero si no existieren y hubiere otros de igual especie y calidad, se los adjudicará el contador ó á sus herederos; pues habiendo bienes tiene derecho á recuperar en ellos el fondo que puso, como subrogados en su lugar, y ninguno compete al consócio porque no se le comunica su dominio, y es justo que se haga así porque no se le perjudique por beneficiar á su sócio; aunque como tiene derecho á que se le entreguen los existentes, no debe resistirse á tomarlos si se le aplican por el precio que entonces se les dé. Lo propio sucede cuando el marido con el dinero dotal y con voluntad de su muger compró alguna finca, y tambien entre hijos de dos ó mas matrimonios cuando su padre ó madre dejó algunos bienes adquiridos durante el suyo, que se hallan *pro indiviso*, pues la parte que tocaba al difunto y llevaria si viviera, se les debe aplicar con su aumento intrínseco, como que le representan y ocupan su lugar, y no á sus medio hermanos, padrastro ni madrastra en la particion que se haga por muerte del viudo ó viuda. Pero todo esto se entiende no habiendo convenio en contrario de los interesados mayores de veinticinco años, ni mediando un grande obstáculo para hacerlo de este modo.

21. Undécima: Si en la herencia ha-

biese bienes incorpóreos, como censos, uros, servidumbres &c., se dividirán los capitales y pensiones, frutos ó réditos, con proporcion y equidad, advirtiendo acerca de los patronatos ú otros derechos ó regalías de puro honor, que deben siempre adjudicarse á algun varon, dando á la hembra que fuere partícipe otra cosa equivalente por via de indemnizacion; á no ser que el testador hubiere dispuesto lo contrario, ó mediando convenio de los interesados.

22. Duodécima: Si hubiese créditos á favor de la herencia, ha de hacer su aplicacion y distribucion de modo que no perjudique á ningun partícipe. Si fuere posible adjudicará á uno el débito íntegro, á fin de evitar que el deudor sea demandado en diferentes juicios, y no espere las vejaciones que son consiguientes, á menos que las deudas sean de algun fallido ó de difícil cobro, en cuyo caso aplicará su respectiva parte á cada uno para que sufran igualmente la pérdida ó gastos de cobranza. Pero lo mas útil y seguro para todos será que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y repartan lo que se fuere cobrando, porque de este modo sufran todos el perjuicio, y reciben proporcionalmente la utilidad. En el caso de que se adjudiquen las deudas á uno solo, tendrá éste reservado el derecho para repetir de los demás interesados la parte que respectivamente les corresponda de pérdida ó gastos de cobranza, por haber quedado obligados á la eviccion; á no ser que hubiese pacto en contrario, en cuyo caso queda de su respectiva cuenta y riesgo el cobro de las espresadas deudas.

23. Además de lo dicho deberá el contador tener presente que si durante la proindivision se cobraren algunos créditos, se reputará este dinero parte del

caudal hereditario, y como tal se dividirá, aunque en el inventario conste anotado como crédito. También deberá anotar que si la muger hubiere llevado al matrimonio bienes dotales ó parafernales, no se le ha de hacer pago de ellos con deudas procedentes de contratos celebrados por el marido durante el matrimonio, ni de otra clase, sino reintegrarla de su importe con dinero ú otros bienes equivalentes; aplicándola por razon de gananciales, la parte proporcional que le toque de dichas deudas, pues tanto por haber llevado bienes efectivos como por haberse obligado el marido á su restitution en otros equivalentes, ó en dinero, tiene accion espedida á recuperarlos, segun se los entregó, ó él se obligó, y no debe ser compelida á recibirlos en deudas ó créditos, habiendo alhajas y fincas de qué satisfacerlos.

24. Décimatercia: Cuando á alguno de los interesados se le constituya pagador de créditos que resulten contra la herencia, deberá hacerle adjudicacion ó hipoteca de ellos, aplicándole dinero hasta cubrir el importe total; y á falta de numerario se le adjudicarán bienes en cuya venta no tenga dispendio alguno; pues así como el desembolso ha de ser efectivo sin la mas leve disminucion ni pérdida, deben serlo tambien los bienes que se adjudiquen al que lo haya de hacer, porque de lo contrario se le perjudicará; y puesto que están obligados proporcionalmente todos los partícipes de la herencia á la satisfaccion de las deudas de ésta, porque es primero pagar que heredar, y que no hay herencia hasta que están satisfechas las deudas; deben sufrir del mismo modo el gravámen, obligarse á la eviccion, privarse de llevar lo mejor, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede.

25. Si no faltaren bienes, cuya venta

ocasiona pérdida ó dispendio, se enagenarán desde luego otros efectos, y se obligarán los coherederos á satisfacer al constituido pagador la pérdida ó gastos que tuviere en la venta de los bienes adjudicados para el pago de las deudas, rebajada la parte que á él corresponda. Lo mismo debe practicarse si se le hace pagador de legados, con la diferencia que debe aplicarle los específicos, para que los dé á sus respectivos dueños, y no dinero por ellos, como cuando son genéricos. Por pagador de deudas se debe nombrar al mas abonado, fiel y exacto, con obligacion de acreditar á los coherederos la satisfaccion de ellas para su resguardo.

26. Décimacuarta y última. El contador no deberá alterar ni modificar bajo ningun pretesto la tasacion, variándola ó aumentándola, sino arreglarse á ella para la distribucion y adjudicacion de los bienes, pues de otro modo traspasaría los límites de su encargo. Así que, si entre aquellos hubiere diamantes ú otras piedras preciosas inventariadas por el todo de su tasa, y no por parte, las ha de distribuir y aplicar, á no ser que los interesados pacten y quieran otra cosa, ó existan algunas alhajas que éstos hayan llevado al matrimonio tasadas por todo su valor, y en el inventario consten por el intrínseco, real y verdadero que tienen; pues en este caso debe el contador aumentar la parte del valor que se hubiese disminuido al hacer el dicho inventario. En la adjudicacion de una cosa que consiste de varias piezas, como por ejemplo un aderezo, no ha de haber separacion de éstas, sino aplicarla entera á un solo partícipe, porque de lo contrario perderia mucho de su valor; y si á ninguno cupiere, deberá venderse ó adjudicarse segun se convengan los interesados; y lo mismo

se debe practicar por la propia razon con los bienes de otra clase que hacen juego, uniformidad y simetría. Ultimamente, deberá el contador tener presente, que si algunos muebles ó semovientes padecieron decremento ó deterioro por haberse tardado bastante tiempo en hacerse la particion, deberán tasarse nuevamente para evitar perjuicio á los interesados, lo que deberá poner en su conocimiento, á fin de que los hagan valuar y no aleguen despues lesion en su adjudicacion, á menos que no se allanen á hacer este nuevo gasto.

27. En órden á si los contadores pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones, parece que sí; porque una vez que lisa y llanamente aceptaron el encargo, fué para todo, y no para una mera liquidacion; sin embargo, no hay ninguna ley que lo prevenga, y la práctica varia sobre este particular.

28. Para proceder á la particion deben practicarse las diligencias siguientes: Despues de nombrados contadores, se les remite el inventario, tasacion y demás documentos relativos á la herencia: enterados que sean de ellos, deben hacer con toda claridad y fidelidad presupuestos de lo que resulte de todo, por órden cronológico, espresando en el último cuánto importa el caudal, y el modo de dividirlo, para que los interesados sepan lo que se tuvo presente, qué motivo hubo para su distribucion y deducciones, en qué términos se hicieron, y si fueron ó no arreglados, y vean en sus hijuelas ó adjudicaciones los fundamentos en que se afianza la division, y si se les perjudicó ó no en su haber, pues los presupuestos, aunque no son de esencia de la particion ni por su defecto se anula, son sin embargo muy convenientes porque dan clara idea é instruccion de todo. Despues

de los presupuestos debe formar el conjunto del caudal, poniendo su totalidad por clases y por mayor (según el formulario que se pondrá mas adelante), sin copiar el inventario, por ser esto inútil, bastando á los interesados saber á cuánto ascienden los bienes que se van á repartir; qué deducciones se hacen de ellos; qué es lo que les toca y en qué especie: de este modo se evitarán gastos infructuosos, los cuales siempre deberán economizarse, á no ser que haya un especial motivo para lo contrario.

29. Formado el cuerpo del caudal en los términos explicados, se harán de él las deducciones correspondientes; pues así como en la sociedad convencional para saber si hay utilidades ó pérdidas, es indispensable separar previamente del todo del caudal los bienes, capital ó fondo que cada sócio puso, ó su importe, ó las deudas contraídas durante ella con motivo del negocio sobre que se estableció, así tambien en la conyugal, que regularmente se equipara á la convencional, se debe deducir ante todas cosas del caudal inventariado lo que ambos cónyuges llevaron al matrimonio, ó su importe y las rentas en su intermedio adquiridas, porque de otro modo es imposible averiguar si hay ó no gananciales.

30. Allanadas todas las dificultades, procederá á hacer la particion el contador mas moderno pasándola luego en

borrador al otro, y si éste no se conforma en un todo con ella, la variarán ó modificarán de comun acuerdo; luego que estén convenidos se pondrá en limpio, y la pasarán al juez; cuando sea necesario que éste interponga su autoridad, en cuyo caso dará traslado de ella á los interesados, y si éstos quisieren decir de agravios los oirá en juicio ordinario; pero si nada espusieren en contrario dentro del tercero dia, aprobará la particion mandando entregar á cada uno el testimonio de su adjudicacion y haber, con arreglo á los presupuestos.

31. Aunque el juez ordinario no puede enmendar ni revocar su sentencia despues de pronunciada y publicada, por estarle prohibido, á causa de haber usado de todas sus facultades, y acabándose en aquel juicio su oficio, no se estiende á esto con los nuevos contadores, quienes ya hayan sido nombrados de oficio, ó á instancia de los interesados, pueden enmendar el error que hayan padecido y reformar su parecer para evitar controversias, porque la comision que les dieron fué para evacuarla perfectamente y aunque no se halle manifestado así en el nombramiento, se entiende tácitamente; no obstante, la enmienda ha de hacerse antes que el juez apruebe la particion, pues una vez aprobada no se les permite ya hacer variacion alguna, por cuanto espiraron su oficio y facultades.

CAPÍTULO III.

DE LA PARTICION DE LAS COSAS INDIVIDUAS, DEL CENSO VITALICIO PERSONAL, Y DE LAS FINCAS ENFITEUTICAS.

1. ¿Cuáles son las cosas individuales?
- 2 y 3. Varios casos para instruccion del contador.
- 4 y 5. Caso de que todos los herederos quisieren alguna cosa perteneciente á la hereucia, y de que ésta no admitiese cómoda division.

6. Division del predio enfitéutico hereditario.
7. La doctrina del párrafo anterior tambien tiene lugar cuando el enfitéusis se concedió á muchos con pacto espreso de que no se vendiese á otro.
8. ¿Qué deberá hacerse cuando el padre llama á un hijo al goce del enfitéusis perpétuo?
9. Caso de que alguno de los herederos enagenase su parte sin requerir primero al señor del dominio directo.
10. Las mejoras hechas en la finca enfitéutica son propias del que las hace.
- 11, 12 y 13. Se resuelve la cuestion siguiente. Si pertenciendo á memoria ó capellanía el enfitéusis y liberando el dueño del dominio útil su finca afecta á él por tres laudemios y el duplo capital del cánón ó pension anual ¿podrá él quedarse con los tres laudemios, ó á lo menos con uno?

1. Pueden ser objeto del juicio divisorio las cosas corpóreas é inanimadas que admiten cómoda division, como un olivar, una casa, y otras tambien que no se pueden dividir sin daño ó detrimento, como un caballo, un molino. Así mismo pueden ser objeto de la particion las cosas incorpóreas, de las cuales unas legal y naturalmente son del todo individas, como las servidumbres, y otras que aunque por su naturaleza son indivisibles, pueden sin embargo dividirse legal é intelectualmente, como los derechos, obligaciones y acciones que *ipso jure* se dividen activa y pasivamente entre los herederos, y no vienen al juicio divisorio, sino solo por via de adjudicacion, porque la ley las divide intelectualmente. La indivisibilidad de estas cosas puede ser de tres modos: 1. ° Por naturaleza, como sucede en las servidumbres y en otros derechos incorpóreos, que no admiten separacion real y efectiva. 2. ° Por disposicion de la ley, como en la estipulacion general ó alternativa del hombre. 3. ° Por voluntad de los contrayentes, como cuando pactan que ellos ó sus herederos no impidirán la servidumbre y tránsito por la heredad que está pro-indiviso, y entonces se ha de aplicar á uno.

2. Para que el partidor no ignore como ha de procederse en la division de las cosas y obligaciones individuas, se pondrán para instruccion los siguientes

casos: uno estipuló que otro habia de pasar por su heredad, y que ni él ni sus herederos se lo estorbarian, y murió dejando varios de ellos. En tal caso esta obligacion individua no viene al juicio divisorio, y así compete activa y pasivamente la accion á todos los herederos del uno contra todos y cualquiera de los del otro, ya prohiban el paso todos los herederos ó uno solo; por lo que han de prestar caucion de indemnidad de que el hecho de uno no dañará á los otros. Lo propio sucederá si el testador legare la servidumbre ó tránsito, que cualquiera de los herederos está obligado á concederlo, y á dar la caucion referida.

3. Tambien se ha de proceder por caucion de indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que si por ejemplo dentro de un año no pagare cierta suma, satisfará en pena tal cantidad; en cuyo caso para eximirse de ésta, no basta que uno de los herederos pague su parte, pues todos han de satisfacer el todo del débito, ó uno por sí y por ellos, y en su defecto no se librarán de la pena; porque al acreedor compete accion por el todo contra todos.

4. Si todos los herederos quisieren alguna cosa raiz ó mueble de estimacion perteneciente á la herencia, y no se convinieren en quien la ha de llevar, se partirá entre ellos con igualdad, ó á proporcion de la parte en que cada uno fué ins-

tituido, siempre que admita cómoda division. Si no fuese susceptible de ella, se aplicará á uno por entero, y éste satisfará en dinero á los demás herederos la parte que les correspondan, precedida su justa tasacion. Resistiendo todos los interesados á llevarla en estos términos, deberá sortearse y aquel á quien toque no se debe excusar de admitirla con dicha responsabilidad de resarcir á los otros, ó sin ella en caso de caberle toda en su haber. Si no quisieren echar suertes, podrá venderse entre ellos, adjudicándola al que ofreciese mas, y deducida su parte entregará el resíduo en dinero, que se repartirá entre los demás; si no quisiesen comprarla ó no dieran su justo precio, ó aunque alguno ofrezca no pudiese aprontarlo, se venderá á un extraño. Todo esto depende del prudente y arreglado arbitrio del juez para evitar divisiones entre los partícipes (1).

5. Si uno de los herederos pretendiere que se subaste tal cosa no susceptible de cómoda division, tal vez por querer llevarla ó por no poder pagar su parte al coheredero, y éste lo resistiere y aprontare en dinero la parte líquida que á aquel corresponde, deberá ser oído y no ha de procederse á la subasta y causarles estos perjuicios y gastos; por manera que si el juez no difiere á ello, puede apelar, pues cumple el coheredero con entregar al consocio su parte líquida en dinero según justa tasacion que es á lo que se le puede obligar. Estos modos de hacer la particion de cosa individua son los mas frecuentes, pues el de que el hermano mayor en edad haga las particiones no se acostumbra, si bien es cierto que no está reprobado.

6. Si el testador hubiese tomado dinero á censo ó á renta vitalicia y viviere el pensionista ó alimentario, deberá el partidor dejar el capital en uno de sus herederos por via de depósito, con cargo de suministrar la renta anual al pensionista ó alimentario, y con la condicion espresa de que si éste viviere tanto que consuma el capital y perciba mas que su importe, ha de poder repetir y exigir el heredero de los coherederos á prorata el exceso que le pague, deduciendo la parte que como á uno de ellos, le corresponde satisfacer, y de que si por el contrario muriese antes que se consuma el capital, comunicará á los demás el sobrante, con lo cual nadie queda perjudicado.

7. El predio enfitéutico hereditario puede dividirse por partes entre los herederos, ya se haga en proporcion á lo que cada uno corresponda, ó ya adjudicándole por entero á alguno con la obligacion de dar á los demás partícipes la cantidad que les corresponda, cuya division pueden hacerla sin obligacion de requerir al señor del dominio directo para ver si lo quiere por el tanto; porque esta enagenacion es necesaria y no voluntaria. Tampoco incurre el prédio en comiso por dicha omision ni por la division se debe laudemio; á no ser que en la escritura primordial de la constitucion del enfitéusis se hubiese estipulado lo contrario.

8. Tambien tiene lugar lo espuesto cuando el enfitéusis se concedió á muchos con pacto espreso de que uno sucediese á otro, ó de que entre ellos hubiese derecho de acrecer; pues en este caso pueden dividirlo igualmente en la forma espuesta, sin riesgo de que caiga en comiso, ni necesidad de requerir al señor, porque no hay persona nueva á quien éste no conozca, ni haya admitido, y aun podrán enagenar sus partes, porque no es

(1) Leyes 10, tit. 15, part. 6; y 2, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real.

propia enagenacion, sino anticipada renuncia de su derecho.

9. Si el padre llama á un hijo al goce del enfitéusis perpétuo referido, y le entrega la cosa enfitéutica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar á sus hermanos sus porciones, porque no hay ley que lo prohíba, y el padre puede disponer libremente de sus bienes entre sus hijos, con tal que á ninguno perjudique en su legítima. Lo mismo procede cuando lega á algun hijo la finca gravada con el enfitéusis, en cuyo caso el hijo no debe laudemio al señor del dominio directo, por ser enagenacion necesaria, y por lo tanto cesa la disposicion de la ley de Partida.

10. Si alguno de los herederos del enfitéusis perpétuo enagenase su parte sin requerir primero al señor del dominio directo por si lo quisiere por el tanto, se ha de hacer la distincion siguiente: ó estaba en posesion de la finca y en virtud de la enagenacion la entregó el comprador, ó no; si lo estaba, cayó solamente en comiso la parte enagenada, porque esta pena es legal, y la ley castiga únicamente al que delinque; si no lo estaba ni entregó la finca, no tiene lugar el comiso.

11. Las mejoras hechas en la cosa enfitéutica son propias del que las hace por ser cosa distinta del enfitéusis y así las puede legar, donar y enagenar, por lo que si el enfitéusis es perpétuo, vendrán todos á la particion, y aquel á quien se adjudique la finca enfitéutica, tendrá que satisfacer en dinero á los coherederos la porcion que les corresponda de las mejoras, las cuales se tasarán juntas con el derecho enfitéutico, y no separadas de él (por que es individuo), segun se practica.

12. Ocurre la duda de si pertenecien-

do á memoria ó capellanía el enfitéusis, y liberando el dueño del dominio útil su finca afecta á él por tres laudemios, y el duplo capital del cánón ó pension anual, podrá el capellan quedarse con los tres laudemios, ó á lo menos con uno, del mismo modo que cuando se celebra venta de la finca, lo percibe y hace suyo; ó si deberá imponer todo el importe de ellos con el duplo capital á favor de la memoria ó capellanía. Para resolver esta duda ha de considerarse quién es dueño del enfitéusis, si la memoria ó el capellan, y si los laudemios son ó no frutos de ella.

13. En orden á lo primero debe entenderse que la memoria hace las veces de dueña; y el capellan se considera como un mero usufructuario, con el gravámen de cumplir sus cargas de la renta de las fincas, y así no compete á éste el derecho de tanteo, ni el conceder licencia para la venta, no obstante el abuso que la ignorancia y falta de discernimiento han introducido; ni tampoco el apoderarse de la finca por comiso, si el enfitéuta no paga en tres años la pension, pues todos estos derechos como peculiares y privativos del señor del dominio directo en fuerza de la reserva que hizo de ellos para sí y sus sucesores, en la escritura de dacion á enfitéusis, corresponden á la memoria, la cual, en virtud de la traslacion del dominio que le hizo el fundador, señor del enfitéusis, se constituyó dueña, se subrogó en su lugar y le sucedió en ellos.

14. En orden á lo segundo es de advertir que estos laudemios y duplo capital no son fruto de la finca de la memoria, sino precio y valor en que se estima el derecho de percibir anualmente el cánón, el de apoderarse de él si el enfitéuta no le paga en tres años, y el de tan-

tearla, ó en su defecto conceder licencia para la venta, y percibir el laudemio que por ésta se causa; de suerte que el importe de estos derechos junto con el duplo capital se subroga como equivalente en ellos y pagándolo al enfitéuta, se consti-

tuye dueño de todos y del solar, consolidando el dominio directo de que carecía, con el útil que tenía. Lo propio se ha de decir, y por la misma razon, cuando el enfitéusis pertenece á mayorazgo.



OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

Sobre la division de los bienes hereditarios.

Segun nos prueba desgraciadamente la esperiencia diaria, la comunidad de bienes es el origen de desagradables disputas y discordias, y por consiguiente no podrá menos de alabarse toda medida que se dirija á facilitar su estincion. La entrada de muchas personas á una herencia comun causa desde luego una comunidad forzada ó legal: la ley que concede á cualquiera de aquellas la libertad de separarse de ella, será pues tanto mas útil, cuanto que regularmente los coherederos se hallan en la mayor edad y de independenciam, y aun mas porque frecuentemente se llevan chascos en lo que esperaban heredar, en cuya consecuencia nace la envidia y se forman resentimientos y enemistades entre ellos. No son sin duda otras las razones en que se fundaron las antiguas leyes de las doce tablas cuando dijeron „*nomina erta, cita sunt*” y las alfonsinas que concedieron este derecho de division de las cosas comunes hereditarias: por lo mismo en esta parte son dignas de elogio. Una vez adoptado el principio de la particion, parece que el modo de verificarla es negocio peculiar de los mismos coherederos; ellos, es decir su mayoría, verán si les conviene mas vender los bienes y distribuir su importe, ó bien hacer la division en especie; ellos examinarán si pueden practicar esto con mas facilidad y menos costo ante un juez, estrajudicialmente por sí ó por medio de un árbitro: bastará pues establecer que en todas estas cuestiones prevalezca la opinion de la mayoría. No obstante, no es esto decir que sean inútiles cualesquiera reglas que se den en este punto por las leyes á los árbitros ó contadores que ejecutaren la particion de los bienes específicos; al contrario considero que ellas siendo fundadas en principios de equidad les servirán como de modelo, y de su aplicacion ó desprecio podrá tal vez colegirse si han procedido con pureza ó parcialidad. Me parecen igualmente justas las disposiciones que establecen la reunion de las porciones; pues es notorio que así es mas fácil á uno cuidar sus bienes, mas económico su cultivo y administracion pudiéndose mas fácilmente mejorarlos en razon á que el dueño puede colocarse en medio de ellos. Se aconseja tambien la independenciam en el dominio y posesion, y cualquiera conoce igualmente la utilidad de esta medida; ella se dirige evidentemente á evitar la comunidad de bienes. En fin cuando la cosa no admite comoda division, se propone aplicarla á uno solo obligándole á pagar en

dinero á los otros su porcion ó venderla en almoneda, y al paso que con esto se evitan tambien la comunicacion, nada hay que ofenda la equidad. En cuanto á señalar á uno la propiedad y otro el usufructo, tengáanse presentes las reflexiones que antes tengo dichas acerca de la constitucion los usufructos.

Está igualmente bien dispuesto que los papeles y documentos comunes de la herencia los conserve el que tenga mayor parte en ella, y siéndolo con igualdad el que sea mas anciano; lo primero es justo porque nadie está mas interesado que él en la buena conservacion; y lo segundo es una prueba de la confianza y veneracion que se debe á los mayores de edad. Los varones en competencia con las hembras en unas mismas circunstancias son tambien acreedores á esta preferencia respecto de ellas, y la razon es que aquellos,

como prácticos en el manejo de los referidos documentos, sabrán custodiarlos mejor y tenerlos á la mano con mas facilidad que las otras. Cuando cada finca tiene su título separado es indudable que debe entregársele al que se queda con ella, su retencion seria inútil para todos los demás, y al dueño le seria muy conducente para acreditar las enagenaciones sucesivas que de ella se hallan verificado.

Puede suceder muchas veces que los partidores nombrados procedan con parcialidad en hacer las aplicaciones, ó que aun ellos perjudiquen considerablemente á alguna de las partes, en estos casos justo es á la verdad que el damificado sea oido judicialmente, mas al mismo tiempo tambien conviene que no se den á los descontentadizos medios para eternizar las particiones.

TITULO 19.º

De la liquidacion del caudal inventariado.

Pasamos ahora á tratar de la liquidacion. Esta no es otra cosa que la cuenta que se forma para averiguar la suma ó cuota que corresponde por sus respectivos derechos á cada uno de los interesados en la herencia. Para ello debe formarse un total de bienes por mayor y por sus clases, incluyéndose cuantos constan en el inventario, y despues se harán las deducciones correspondientes segun se expresará en los siguientes capitulos.

CAPITULO I.

DEDUCCION DE LA DOTE.

1. La primer deducccion que debe hacer el contador es la de la dote legítima y verdadera que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio.
- 2 y 3. ¿Cuando debe hacerse la deducccion de la dote y opinion de algunos autores?
4. La restitucion de la dote debe hacerse segun la diferente especie de bienes que la constituyen.
5. Consistiendo el todo ó parte de la dote en créditos á favor de la muger, y siendo el padre el deudor, no debe responder el marido de la falta de cobro.
6. Distincion que habrá de hacerse si el deudor no fuere ascendiente.

7. ¿Si se constituirá dotal la finca comprada por el marido con el dinero que su muger llevó en dote, y cómo deberá hacer la aplicacion el contador?
8. ¿Qué debe tener presente el contador para saber por que precio ha de adjudicar á la muger estas fincas, consideradas como dotales por la subrogacion?
9. ¿Cómo deberá proceder el contador para la deducccion quando la dote consistiese en legado ánuo, pension, usufructo, bienes raices ó renta vitalicia?
10. Si ésta consistiere en empleo servidero para el marido, se considerará como dote la mitad de la renta de los diez años, y la otra mitad pertenece al marido.
11. De cualquier modo que se constituya esta especie de dote deberá arreglarse el contrato, á la escritura dotal.
12. ¿Qué deberá practicarse en el caso de que el marido hubiese pasado á segundas nupcias y hubiere quedado á deber entrambas dotes, y hubiese bienes bastantes para satisfacer una y otra?
13. ¿Qué distincion se hará en el caso de que el marido hubiese dejado bienes suficientes y además hubiese gananciales?
- 14, 15, 16 y 17. Consideraciones que deberán tenerse presentes en el caso de que la segunda muger quisiere su porcion de gananciales.
18. Modos de hacerse la cuenta, quando se hubiere dado á los hijos alguna cosa mas en razon de la legítima paterna.
19. Si la dote fuere confesada y esta confesion fuese hecha en testamento despues de contraido el matrimonio, no se tendrá por dote sino por legado.

1. La primera deducccion que debe hacer el contador es la de la dote legítima y verdadera, que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio y entregado á su marido, por dos razones: 1.^ª Porque no solo es fondo ó capital suyo puesto en la sociedad conyugal para su incremento, sino tambien deuda contra los bienes de su marido, y mas sagrada que todas las que éste contrajera durante el matrimonio; y 2.^ª Porque aunque no haya gananciales está obligado á restituírsela de sus bienes propios regularmente hablando (1). Sin embargo, esto no tendrá lugar quando el mismo marido hubiese devuelto á su muger la dote, puesto que no le está prohibido pagar en vida esta deuda, que está obligado á satisfacerla de sus bienes despues de su muerte. Y no se diga que por hacer esta devolucion anticipada, se consideren defraudados sus hijos en los frutos

dotales, que habria percibido su padre; porque éste carece tambien de ellos, y no hay razon para obligarle á conservar en su poder la dote, no adquirir frutos para custodiaria, si le incomoda su conservacion y custodia, del mismo modo que tampoco se le puede apremiar á recibirla, si no quiere.

2. La deducccion de la dote debe hacerse en concepto de algunos autores, quando el marido la empleó como era debido en sostener las cargas matrimoniales, y aumentar con ella el caudal de la sociedad; pues si se le prueba que la destinó á otros fines, como por ejemplo, á pagar sus deudas, casar ó acomodar á algun hermano ó hermana &c., no se debe deducir del cuerpo del caudal habiendo gananciales, porque seria perjudicada la muger en la mitad de éstos con los cuales se le pagaba; y así en este caso lo que debe practicarse es deducir las deudas contraidas durante el matrimonio, y luego partir los gananciales, y del total

(1) Ley 33, tit. 13 part. 5.

que toque al marido satisfacer la dote, porque si la hubiese empleado en la sociedad como debía, hubiera adquirido mas utilidades, y respecto haber privado á su muger de éstas, é invertídola en usos ajenos de la sociedad conyugal, no es justo que por esta causa sea defraudada en lo que la debe corresponder.

3. No parece sin embargo muy segura esta opinion: 1.º Porque ninguna ley lo ordena: 2.º Porque el marido no está precisamente obligado á adquirir ganancias; y sí solo á que si los adquiere, no cometa dolo por defraudar en su parte á la muger; además de que las ganancias ó pérdidas son eventuales, y por consiguiente no debe inferirse que de invertir la dote en la sociedad conyugal, han de resultar precisamente ganancias. 3.º Porque la dote no se entrega al marido con el fin de que con ella adquiera utilidades, sino para que le ayuden sus frutos á soportar las cargas matrimoniales; lo cual no sucede en la sociedad convencional, que tiene por objeto el adquirirlas con el capital y con la industria de los sócios. 4.º Porque en la sociedad conyugal se hace regularmente el marido dueño del capital que la muger lleva á ella y cumple con volver su importe; lo cual no sucede en la convencional; pues á ningun sócio se transfiere el dominio del capital del otro en iguales términos; y 5.º Porque estas dos sociedades se diferencian enteramente y son del todo distintas; y por lo tanto no se deben aplicar á ellas exactamente unas mismas reglas. Así pues, no debe seguirse dicha opinion, antes bien deben deducirse la dote y el capital con las deudas matrimoniales en su respectivo lugar, dividiéndose luego el residuo como bienes gananciales; pues de otro modo se defraudaria al marido, seria la muger de mejor condicion que él,

y se enriqueceria con detrimento suyo.

4. La restitucion de la dote debe hacerse segun la diferente especie de los bienes que la constituyen, como se esplicó en el cap. 2.º, tít. 3.º, lib. 1.º, y allí se espuso tambien á quien corresponde el aumento, deterioro ó pérdida de los mismos bienes. Así que, el contador resolverá las dudas que puedan ocurrir sobre estos puntos, con arreglo á lo que entonces dijimos, pues en este lugar se omite reproducir esta materia por escusar repeticiones inútiles.

5. Consistiendo el todo ó parte de la dote en créditos á favor de la muger, y siendo el deudor de los bienes dotales el padre ú otro de sus ascendientes, no será responsable el marido de la falta de cobro, ni estará obligado á responder de su importe; porque los yernos no deben apremiar judicialmente á los suegros (1). Lo mismo procede por la propia razon quando el padre hubiere ofrecido dote á su hija, y el marido no le apremió á que se la entregase; en cuyo caso, aunque haya ganancias, no se ha de deducir lo no cobrado de los bienes privativos del marido, ni tampoco del cuerpo del caudal inventariado, y sí únicamente lo percibido; porque es lo mismo que si la muger nada hubiera llevado ó nada se le hubiera ofrecido; de consiguiente, ó no debe hacerse mérito de ello, ó si se hace y se pone por caudal, se ha de aplicar en vacio, ó entrada por salida á la muger.

6. Si el deudor de la dote no fuese ascendiente, debe en este caso distinguirse si la deuda fué necesaria ó voluntaria: siendo de la primera clase debe el marido satisfacerla íntegramente, si por su culpa ó negligencia no la hubiera exigido; y ha de rebajarse, no del cuerpo de

(1) Ley 15, tít. 11, p. 4.

los bienes, porque se perjudicaria á la muger, sino de los que toquen al marido, quedando á éste espedido el derecho de repetir contra el deudor de la dote. Si la deuda fuere voluntaria y consistiere en cosa cierta y determinada, será tambien el marido responsable con sus propios bienes si se descuidare en cobrarla, dando lugar á que el promitente ó deudor se imposibilite de pagarla, y deberá deducirse su importe como en el caso anterior. Pero si la deuda siendo voluntaria consistiese en cosa indeterminada, por ejemplo, cuando uno ofrece algo en dote sin designar qué cosa, no será el marido responsable por la falta de cobro; y así, aun cuando haya gananciales, no deberá descontarse del cuerpo del caudal ni de los bienes propios del marido, sino que se considerará como si no existiera, ó se aplicará á la muger segun lo llevó al matrimonio (1). Acerca de los gastos que se ocasionen al marido en el cobro de la dote consistente en deudas, véase lo dicho en el núm. 9, cap. 2.º, tit. 3.º del lib. 1.º, á cuya doctrina se arreglará el contador por el abono que haya de hacerse á la muger de dichas deudas como dote líquida.

7. Si habiendo llevado la muger su dote en dinero, lo hubiese invertido el consorte en la compra de alguna finca ó heredad, puede ocurrir la duda si mediante haberse trasferido á éste el dominio del dinero, se transferirá tambien el de la finca en que lo invirtió. La resolución de esta duda no es difícil, pues si bien es cierto por regla general que comprando uno por su propio nombre alguna cosa con dinero ageno, la hace suya, y por la tradicion adquiere el dominio y la posesion de ella, quedando responsable de entregar el dinero á su dueño; no obstante, en la sociedad conyugal,

si consta haber comprado el marido la finca con beneplácito y dinero de su muger, ella será la que adquiera el dominio, y la cosa se hará dotal, aun cuando se hubiese comprado á nombre del marido. Lo propio sucede con lo comprado con dinero del menor ó de la Iglesia, por su tutor ó prelado ó administrador; y así pueden pedir el dinero ó tomar la cosa, segun mas les acomode (1). Esto mismo se observa, cuando una cosa dotal se cambia por otra, pues ésta se subroga en lugar de aquella y se hace dotal (2): por lo que el contador debe aplicársela á la muger ó á sus herederos, y no otra por ella, en caso de que no quiera dinero ó no lo haya. Pero si el marido hubiese comprado la finca sin consentimiento de su muger, se constituirá dotal en subsidio; esto es, cuando resulte insolvente el marido. Lo propio sucederá comprándola con dinero dotal, que la muger le hubiese entregado; aunque adquiriéndola de este modo, y mediando para ello el consentimiento de la muger, no se considerará como dotal dicha finca; lo cual tendrá presente el contador para proceder en las adjudicaciones conforme con lo que se dijo en el núm. 20, cap. 2.º del título anterior.

8. Para saber el contador porque precio ha de adjudicar á la muger estas fincas consideradas como dotales por la subrogacion, debe tener presente que si al tiempo de la compra pactaron los consortes que habian de ser para la muger sin resultar al marido utilidad ni pérdida, aun cuando en ellas las hubiese, han de aplicársela por el precio de la compra, ya valgan mas ó menos, por ser suyas y por pertenecer al dueño el aumento ó deterioro de ellas. Pero si nada hubiesen

(1) Dicha ley 15, id.

(1) Ley 49, tit. 5, p. 5.

(2) Ley 11, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real.

pactado, se adjudicarán por el precio que tuvieren á la disolucion del matrimonio; de suerte que si entonces tuviesen mas valor, redundará el exceso en favor de la sociedad conyugal; y si menos, se completará la falta á la muger con dinero, si lo hubiese, y en su defecto con alguna otra cosa de la herencia.

9. Si la muger hubiese llevado en dote legado ánuo, pension, usufructo de finca raiz, renta vitalicia, ó empleo que el marido ha de servir, deberá el contador tener presente lo dicho en el cap. 2.º tít. 3.º del lib. 1.º Allí dijimos que en la práctica suele constituirse como dote el importe de la pension ó renta de los diez años primeros siguientes al dia de la celebracion del matrimonio, haciendo capital de aquel, y obligándose el marido á restituirlo á la muger ó á sus herederos, aunque ésta no viva los diez años, y si mas viviere, se considerará el producto, no como dote, sino como fruto de ella; pero siendo esto gravoso para el marido, parece mas equitativo que se obligue á responder del importe de los diez años en caso de que la muger los viva, ó por menos tiempo si muriese antes, deducidos los gastos de cobranza y un rédito anual de un tres por ciento, que se tendrán por frutos de la dote, y ésta se compondrá del residuo. Si fuese usufructo de casa ú otro edificio, de tierras, viñas &c., se deducirá la tercera parte de su producto por razon de gastos de cobranza, reparos y demás, y el residuo será la dote.

10. Si ésta consistiere en empleo servidero para el marido, se considerará como dote la mitad de la renta de los diez años, y se le dejará la otra mitad por el trabajo personal de servirle; pero si muerta su esposa hubiese de continuar en él, justo será entonces que se

considere como dote el importe íntegro de los diez años. Tambien pudieran estipular los consortes al celebrarse el matrimonio, que si muriese la muger antes que el marido, solo se considere como dote el derecho que aquella llevó de percibir dichas pensiones, ó anualidades, reputándose las cobradas como frutos para sostener las cargas matrimoniales; y al contrario, si el marido muriese antes que la muger, se considerarán tambien como dotes las referidas pensiones ó anualidades cobradas, debiendo por consiguiente restituirlas; pues en este caso no es ya el marido quien sufre el perjuicio, sino su heredero.

11. Mas de cualquier modo que se constituya esta especie de dote, deberá arreglarse el contador á la escritura dotal, y si no se hubiere hecho ni constituido tal dote al tiempo de celebrarse el matrimonio, no se estimarán por dotales las pensiones ó anualidades, ni como capital puesto en la sociedad; porque en el hecho de no haberse pactado ni obligado el marido á su restitution, se entiende haber sido la voluntad de su muger que no se tuviesen por dote, sino por frutos estradotales, como realmente lo son. Por consiguiente no se rebajarán del caudal comun, aunque ella lo pretenda; porque el derecho de percibirlos es del fondo que entra como dote en el matrimonio y sociedad, el cual le queda del mismo modo que lo tenia antes de casarse sin la mas leve disminucion; por cuya razon únicamente en el caso de obligarse espresamente el marido á su entrega en los contratos nupciales, se la deberán abonar. Debe además observar el contador que el capital impuesto del dinero de ambos consortes en fondo vitalicio por la vida de cualquiera de los dos que sobreviva, ó por la de algun hijo su-

yo, no debe inventariarse ni partirse porque no existe en la casa ni puede ya recuperarse; pero se dividirá el derecho de percibir las anualidades, durante la vida de aquel á cuyo favor se impuso, á proporcion de lo que á cada uno corresponda segun su haber; y de esta suerte á ninguno perjudica.

12. Si el marido hubiese pasado á segundas nupcias, y muriese quedando á deber entrambas dotes sin dejar bienes suficientes para satisfacer una y otra, dúdase cuál de ellas será preferida para la restitution. Febrero es de opinion que deberá serlo la primera; porque las dos son créditos de igual naturaleza y privilegio, y el primero en tiempo lo es tambien en derecho; á excepcion de bienes dotales conocidos y existentes de la segunda muger, los cuales le deben ser restituidos, como que conserva el dominio en ellos ¿Mas estarán sujetos á responsabilidad para el pago de la primera dote la mitad de gananciales que corresponden á la segunda muger, si los hubo en este último matrimonio? Question es esta de alguna importancia, y en la que hay diversidad de pareceres. Febrero está por la responsabilidad fundándose en que la muger no adquiere el dominio irrevocable de dichos bienes hasta que fallece el marido; y como al tiempo de adquirirlos los halla grabados con esta responsabilidad, no puede reclamarlos, por ser preferente el pago de la primera dote. El reformador del Febrero se opone á este modo de sentir apoyado en las leyes 4 y 5, tít. 4, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, que disponen la comunicacion por mitad entre marido y muger de dichos gananciales; y por consiguiente supone, que ésta adquiere desde luego el dominio irrevocable de su mitad. Por el contrario el editor del Febrero

adicionado defiende la doctrina del autor; é impugna la del reformador, sosteniendo que segun dicha ley 5.ª el marido durante el matrimonio puede enagenar sin licencia de la muger los bienes gananciales, y que por consecuencia la misma no adquiere el dominio irrevocable de su mitad mientras subsista el matrimonio, pues si así fuese tampoco el marido podria enagenarlos sin su consentimiento. No puede negarse que este argumento tiene bastante fuerza; pero reflexionando bien ¿qué razon hay para hacer responsable á la segunda muger del descuido, omision ó culpa que tuviese el marido en haber retardado el pago de la primera dote? ¿Porqué ha de satisfacer ella en parte una obligacion que no contrajo, ni se convirtió en utilidad suya? Por estas consideraciones parece que pudiera adoptarse el medio término siguiente. Si se probare que con la primera dote se aumentaron los gananciales del segundo matrimonio por causa de comercio ó de otra suerte, es ciertamente muy justo que el total de estas ganancias esté afecto ó sugeto al pago de aquella; pero si constare que los gananciales se adquirieron con otros bienes, no parece justo privar de su mitad á la segunda muger para el referido objeto.

13. Pero si el marido hubiese dejado bienes suficientes con que reintegrar las respectivas dotes y demás bienes propios de sus dos mugeres, y tambien gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, se debe distinguir si la segunda muger renuncia ó no á los gananciales, y si el marido aportó al matrimonio bienes equivalentes á la dote primera, ó no llevó ningunos. Si los renuncia y se contenta con la dote y arras y demás bienes propios que hubiese puesto en la so-

ciudad conyugal, será indiferente satisfacer antes la segunda dote ó la primera, haya ó no llevado el marido bienes propios al segundo matrimonio; porque habiendo para pagar á entrambas, no puede hacerse perjuicio á ninguna de las dos mugeres. Pero si la segunda quisiese su mitad de gananciales, es preciso tener presentes las siguientes consideraciones.

14. Si el marido hubiese llevado algunos bienes al segundo matrimonio, pero no los suficientes para cubrir la dote y demás haber de la primera muger, (haya habido ó no gananciales en el de ésta) debe rebajarse del cuerpo del caudal inventariado ante todas cosas la dote de la segunda, y despues las deudas contraídas durante el segundo matrimonio, y no otras anteriores. Deducidas estas partidas, y tambien lo que el marido aportó, se averiguarán las ganancias que quedan, y la mitad de las que resulten se aplicará á la segunda muger con su dote y demás haber llevado al poder del marido: efectuado esto se unirá la otra mitad al caudal que éste puso en la sociedad, y de su total importe se deducirán el haber de su primera muger, las deudas propias que el marido tenia antes de contraer las segundas nupcias, y las arras de entrambas si las hubo; y el residuo será caudal paterno partible entre los hijos del marido habidos en ambos matrimonios, como herencia paterna. Por ejemplo, todo el caudal que dejó el marido ascendiendo á cuatrocientos mil pesos: el que llevó al matrimonio segundo fueron solamente treinta mil, no obstante importar cien mil la dote de la primera muger que no estaba pagada. La de la segunda importa cincuenta mil, y las deudas contraídas en la sociedad con ésta veinte mil. Se for-

ma la cuenta de esta suerte: cincuenta mil de la dote de la segunda, veinte mil de las deudas de este matrimonio y treinta mil que llevó el marido, componen cien mil, que restados de los cuatrocientos mil, resultan de utilidad trescientos mil, cuya mitad son ciento cincuenta mil: agregados éstos á los cincuenta mil de la dote segunda, el haber de la segunda muger por dote y gananciales son doscientos mil pesos y quedan otros doscientos mil para satisfacer lo que el marido llevó al segundo matrimonio (que era parte de la dote primera), las deudas que tuviese antes de casarse segunda vez, y las contraídas en el segundo; y así mismo el resto de la primera dote y algunos gananciales; por lo que despues de satisfechos los veinte mil de las deudas del segundo matrimonio, y los cien mil de la primera dote, hay de caudal paterno ochenta mil pesos. De ellos se sacarán las arras de ambas mugeres si las hubo, y las deudas particulares que el marido tuviese cuando se volvió á casar; y el remanente será legítima de los hijos de ambos matrimonios; pues de deducirse integros los cien mil de la dote primera, en lugar de los treinta mil que el marido llevó al segundo matrimonio, quedaria desfalcada injustamente la muger segunda en treinta y cinco mil, mitad de los setenta mil, que desde los treinta mil hasta los cien mil hay de diferencia, y de bajarse los treinta mil y los cien mil se la arrogaria mayor agravio, que seria el de cincuenta mil pesos menos de gananciales.

15. Si no habiendo llevado el marido bienes al matrimonio segundo, constase el haber de la primera muger, y los gananciales adquiridos durante el suyo; y despues de cubiertas ambas dotes y lo demás correspondiente á la primera por

todos sus derechos, resultasen otros gananciales adquiridos en el segundo; se han de deducir únicamente del cuerpo del caudal la dote de la segunda muger, y las deudas contraídas en este matrimonio si las hubiese: el resto del caudal inventariado será partible por mitad, como gananciales, entre la viuda é hijos del primer matrimonio, los cuales tomarán parte por razon de la dote y demás haber de su madre, como deuda contra su padre, á que era responsable, y parte por herencia paterna, si deducidas la dote y demás deudas privativas de su padre, y las arras de la segunda en caso de haberlas, resultase algun sobrante; pues seria injusto que habiendo contribuido á la adquisicion de los gananciales, y no habiéndolos tal vez en el matrimonio primero, se la defraudasen para utilizar á los hijos de la muger anterior, respecto á haber caudal para todo.

16. Si el marido hubiese llevado al matrimonio segundo, bienes suficientes para cubrir el haber de los hijos de la primera muger, existente aun en su poder, y algunos mas suyos propios, deberá deducirse del cuerpo del caudal juntamente con la dote segunda todo lo que llevó, y no desmembró de él para dar ó pagar á algun hijo del primero su parte materna durante el segundo; no por razon del haber de la primera, sino como capital ó fondo que realmente puso en la sociedad segunda, y coadyuvó á adquirir las utilidades ó gananciales, porque es lo mismo para el caso que si todo fuera suyo privativo, puesto que existe en su poder cuando fallece sin decremento ni desfalco. Lo mismo debe practicarse cuando parte del capital no era del marido porque tenia deudas, las que no rebajó entonces ni se pagaron durante su matrimonio; pues aun que sus herederos son responsables á ellas

por estar sin pagar, respecto á su viuda lo mismo es que todo el capital sea de él ó solamente parte, una vez que lo puso en la sociedad y ayudó á adquirir las utilidades; ni el que lo lleven sus herederos ó sus acreedores es del caso, mediante á que en nada se le perjudica, pues de no ejecutarse así, se gravaba á sus herederos injustamente.

17. Si el marido hubiese llevado al segundo matrimonio bienes suficientes no solo para cubrir el haber de los hijos del primero, que existe en su poder y les corresponde así por sus legítimas maternas como por el derecho de reserva, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les da el todo ó parte de los que les toca por los títulos espresados, ó algo mas en cuenta de la paterna; debe distinguirse si les dió solamente el todo ó parte de los bienes maternos, ó alguna cosa mas en cuenta de la legítima paterna. En el primer caso puede hacerse la cuenta de dos modos: 1.º Agregando numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y hecho todo un cuerpo, como si todo se hubiese hallado en su poder é inventariado, se deducirá de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro segun lo llevó; y lo que quede despues de practicadas estas tres deducciones, se tendrá por ganancia, que se dividirá por mitad entre la viuda y los hijos de ésta y de la primera, como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse á los bienes inventariados lo donado á éstos, bajando enteramente su capital, como si nada se hubiera sacado, seria perjudicada la viuda en la mitad de su importe, y los hijos de la primera serian beneficiados indbidamente en ella: El 2.º modo es no agregar lo entregado; considerar el capital como que está reducido á este

menos, ó que no lo llevó, y bajar solamente lo que quedó hecha la entrega, á la manera que cuando lleva deudas, y se pagan durante el matrimonio (como se verá mas adelante), y saldrá la misma cuenta y porcion de gananciales.

18. Si les hubiere dado alguna cosa mas en cuenta de la legítima paterna, puede hacerse tambien igualmente la cuenta de dos modos: 1.º Agregando al caudal inventariado, no solo lo que llevaron por su madre, sino lo que su padre les anticipó por su legítima paterna; y de lo que sume este total se deducirá la segunda dote, las deudas del segundo matrimonio, y el capital íntegro que el padre puso en la sociedad; y el residuo que quedare será la utilidad que ha de dividirse por mitad en la forma propuesta: 2.º Uniendo solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su haber paterno;

y de lo que importen estas dos partidas se deducirá la segunda dote, las deudas citadas, y lo que llevó como suyo propio sin responsabilidad al segundo matrimonio, separado lo que comprendia su capital perteneciente á sus hijos por su madre, como entregado ya ó como si no lo hubiera incluido en él; y lo que resulte, hechos estos descuentos, será el mismo lucro que el de la cuenta girada del primer modo.

19. Si la dote fuere *confesada*, y esta confesion fuese hecha en testamento despues de contraido el matrimonio y de haber cohabitado con la muger, no se tendrá por dote sino como legado (1); y así no perjudicará á los demás acreedores ni á los herederos forzosos en sus legítimas, haciéndose su deduccion en el modo y forma que se esplicó en el núm. 20, cap. 1.º, tit. 3.º del lib. 1.º

(1) Ley 19, tit. 9, p. 6.

CAPÍTULO II.

DEDUCCION DE LOS BIENES PARAFERNALES Ó ESTRADOTALES.

1. Hecha la deduccion de la dote se procede al descuento de los bienes parafernales.
2. ¿Qué deberá hacerse en el caso que estos bienes se hubiesen consumido ó deteriorado con el uso?
3. Si el marido hubiese enagenado los bienes parafernales de su muger con su consentimiento, y el precio de ellos se invirtió en utilidad suya, no tiene derecho á pedirlo.
4. Aclaracion de la anterior doctrina.
5. Caso que el marido hubiere vendido dichos bienes sin el consentimiento de la muger por su justo precio.
6. Habiéndolos vendido en menos de su justo precio, se debe distinguir si hay ó no gananciales.
7. No contentándose la muger con el precio en que su marido vendió sin permiso suyo los bienes parafernales, y queriendo el valor legítimo que éstos tenían, ¿cómo deberá hacerse la deduccion?
8. Si la muger pide no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de los frutos que desde la venta pudieron haber producido, deberá ser resarcida, ¿y en qué términos?
9. Deducidos los bienes dotales y parafernales, se han de bajar del cuerpo del caudal los demás estradotales.

10. Si en las capitulaciones matrimoniales ó en la escritura de recepcion de la dote se obligase al marido á tener por aumento de ésta dichos bienes hereditarios, se deberán bajar cuando los dotales, y antes de los parafernales.

11. Los frutos de los bienes parafernales se han de dividir entre ambos consortes por ser comunes á los dos.

1. Hecha la deducción de la dote se procede al descuento de los bienes parafernales ó estradotales, pues forman parte del capital que la muger puso en la sociedad conyugal; y así aunque para el cobro de ellos no goza del privilegio de preferencia como respecto de los dotales, le compete sin embargo el de hipoteca tácita en los bienes del marido, quien deberá restituírselos; aun cuando no se obligue á ello espresamente (1). Esto se entiende siempre que la muger le haya hecho entrega de ellos para que los cuide y administre como los bienes dotales; pero no si se les hubiese reservado y los administrase por sí sola; pues entonces se presume que retiene su dominio (2).

2. En el caso de que estos bienes se hubiesen consumido y deteriorado con el uso en la misma casa, sin haberlos entregado la muger al marido, debe tenerse presente que si se consumieron y deterioraron sin su consentimiento, será responsable el marido al reintegro con sus propios bienes á falta de gananciales; pero si hubiere mediado consentimiento de la misma, ha de ser reintegrada de dichos gananciales si los hubiere; mas no de los bienes propios del marido; á no ser que éste se hubiese enriquecido con el uso de ellos; pues en tal caso habrá de abonar aquella cantidad que hubiere utilizado.

3. No está prohibido al marido enagenar los bienes parafernales de su muger con su consentimiento; aunque no jure el

contrato, y si ambos juntos los vendieron y su precio se convirtió en satisfacer alguna deuda que la muger habia contraído antes de casarse, no tiene derecho á pedirlos porque cedió en su utilidad, medianamente á que si la hubiera satisfecho al tiempo de casarse, esto menos hubiera llevado al matrimonio; ni tampoco se sacará del cuerpo del caudal, ni de los bienes gananciales ni del haber propio del marido; antes bien si éste la pagare con sus bienes, podrá recuperarla de los de su muger. Pero si el precio de los bienes parafernales no se hubiere convertido en utilidad de la muger, ha de abonársela íntegramente el valor de los referidos bienes, deduciéndose de los gananciales si los hubiere como fondo ó capital puesto en la sociedad. No habiendo gananciales se hará la deducción del caudal propio del marido, porque está obligado á la responsabilidad de ellos; debiendo advertirse que no se entiende por utilidad el haberlos consumido en alimentarse la muger, por cuanto el marido está obligado á darle alimentos (1).

4. Pudiera decirse que la muger se perjudicó con el consentimiento que prestó, y que por lo mismo carece de acción para repetir su precio; pero tal consentimiento es para no pedir al comprador ni á su marido los bienes que le vendió, no para privarse del derecho de repetir de éste su valor, pues para esto es necesario nuevo y espreso consentimiento; y aun cuando lo diera no serviría, porque se estimaría donacion entre marido y muger

(1) Ley 17, tit. 11, p. 4.

(2) Dicha ley 17.

(1) Ley 3, tit. 11, lib. 10, N. R.

que está prohibida por derecho (1), y se confirma solamente con la muerte del donante.

5. Si el marido hubiere enagenado los bienes parafernales ó estradotales sin consentimiento de la muger por su justo precio, podrá ésta repetirlos del comprador porque no perdió su dominio, mediante á que no se transfiera á otro lo ageno contra la voluntad de su dueño (2); y no queriendo molestar al comprador podrá hacer que se saque el valor de ellos del caudal inventariado como fondo puesto en la sociedad, y el contador deberá rebajarlo sin reparo, pues en el caso de que la muger repitiese contra el comprador, podría éste repetir tambien contra el cuerpo de la hacienda.

6. Pero si el marido los hubiere enagenado por menos de su justo precio, se ha de distinguir si hay ó no gananciales; si no los hay, ó si los hubiere y la muger ó sus herederos los renunciaren, es indudable que tiene derecho para repetir contra los bienes de su marido (3), y no devolviéndoselos éste le exigirá su verdadero valor; pues por haber procedido á la venta de los mismos sin su permiso, es responsable al reintegro de su justa estimacion sin el menor desfalco. Habiendo gananciales, y aceptándolos la muger puede pedir tambien el verdadero valor de sus bienes parafernales vendidos sin su beneplácito; pues aunque el dinero de lo vendido haya contribuido á multiplicar los gananciales, y la muger lleve la mitad del incremento, lleva igualmente su marido la otra mitad, y á no haberse vendido hubiera aumentado mas el caudal; porque es bien sabido que cuanto mayor

es el fondo de la sociedad mas puede lucrarse; prescindiendo de que pudo haberse perdido el dinero, y haber por consiguiente causado mayor perjuicio á la muger; y no se compensa el daño ó culpa cometido en una cosa ó negocio, con el lucro adquirido en otro por alguno de los sócios (1).

7. Si no acomodare á la muger el precio en que su marido vendió sin su permiso los bienes parafernales, antes bien quisiere el valor legítimo que tenían, sacará del cuerpo del caudal el precio de la venta, como incluso en la misma hacienda y fondo de la sociedad, y luego se deducirá del privativo haber del marido lo que falte hasta completar el valor justo legítimo que tenían, y no de los gananciales; porque en este caso se le perjudicaba indebidamente pagándole la mitad con lo suyo propio.

8. Si la muger reclamase no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales, sino tambien la mitad de frutos que desde la venta celebrada sin su consentimiento pudieron haber producido los mismos bienes segun la estimacion regular, será oida y estará obligado el marido ó su heredero á reintegrar dichos intereses por haberlos enagenado contra su voluntad, al modo que el sócio lo está á los daños que por su culpa ocasiona á la sociedad; pues el que tiene obligacion de hacer ó no hacer alguna cosa, debe pagar el daño é intereses si procede contra su obligacion, y el marido está obligado á conservar en vez de enagenar los bienes parafernales que su muger le llevó al matrimonio; por lo que si no lo hiciere deberá satisfacer el perjuicio que se le cause, incluso los frutos que á no haberlos enagenado hubiera percibido; á menos que

(1) Ley 4, tit. 11, p. 4.

(2) Regla 13, tit. 33, p. 7.

(3) Leyes 17 y fin, tit. 11, p. 4.

(1) Ley 15, út. 10, p. 5.

se pruebe haber lucrado la muger con el precio de los referidos bienes, tanto como pudiera haber importado el producto de los frutos.

9. Deducidos los bienes dotales de la muger y los parafernales que llevó cuando se casó, y retuvo ó entregó á su marido se han de bajar del cuerpo del caudal los demás parafernales ó estradotales que acredite haber heredado por testamento ó abintestato de sus ascendientes ó de algun otro pariente ó estraño, ó recaído en ella por otro título lucrativo mientras estuvo casada, y por razon de la sociedad conyugal se los entregó á su marido, como debe hacerlo no habiéndose pactado lo contrario en los contratos nupciales. La razon es porque estos bienes deben tenerse tambien por parafernales, siendo igual que los lleve al matrimonio cuando lo contrae ó despues siempre que hayan entrado en poder del marido, á lo cual se agrega que no pueden considerarse como gananciales comunicables entre los dos consortes, sino propios y privativos de la muger en quien recayeron. Por consiguiente, si existen se la aplicarán por el valor que se les dé, y se indemnizará con dinero el deterioro que hayan sufrido: y no existiendo se sacará la estimacion que tenian al tiempo de recaer en la muger si se los entregó á su marido. Si consistiesen en número, peso ó medida, no tendrá derecho á pedir igual cantidad de cada especie; porque este privilegio se concede únicamente á la dote, y cesando la causa dotal, existe la misma razon con respecto á la muger que al marido para la exaccion de lo que puso por fondo en la sociedad conyugal.

10. La deducccion de los bienes estra-

dotales en los términos espresados, se debe practicar cuando al tiempo de casarse nada estipuló acerca de ellos; pero si en las capitulaciones matrimoniales, ó en la escritura de recibo de dote se obligase al marido á tener por aumento de ésta los bienes que la muger adquiriese por título lucrativo durante el matrimonio, gozarán éstos del mismo privilegio que los dotales; pues aunque se reciban posteriormente, se retrotrae en virtud del pacto la obligacion de responder de ellos al tiempo en que se contrajo el matrimonio, como si entonces los entregara la muger. Si además de no haber gananciales faltase caudal para completar todo lo que ambos cónyuges llevaron al matrimonio y heredaron durante éste, debe perder el marido y suplir del suyo lo que falte para cubrir lo que recibió de su muger; porque entra en su poder, lo administra todo, se le trasfiere regularmente su dominio, y debe responder de ello.

11. Durante el matrimonio pertenecen al marido los frutos de la dote, sea ó no estimada, concurriendo las circunstancias que se espresaron en el cap. 1.º tit. 3 del libro 1.º Mas esta doctrina no debe tener lugar en cuanto á los frutos de los bienes parafernales, los cuales aunque parece deberian pertenecer á la muger, cuando no hace entrega de ellos al marido, en razon á que habiendo retenido el dominio parece consiguiente que la correspondan los frutos ó utilidades de ellos; no obstante deberán repartirse entre ambos consortes, pues son comunes á los dos segun las leyes 3 y 5, tit. 4, lib. 10 de la Novísima Recopilacion que hablan absoluta é indistintamente.

CAPÍTULO III.

DEDUCCION DEL CAPITAL QUE EL MARIDO LLEVA AL MATRIMONIO, Y DE LOS BIENES QUE DURANTE ÉSTE HEREDÓ Ó LE DONARON.

1. Despues de deducidos los bienes dotales y estradotales, ¿qué bienes se deben descontar del caudal inventariado?
2. Si hubiese deudas que excedan al importe total, se deben deducir primero el capital del marido aunque parezca que hay gananciales.
3. Si las deudas consumieren el capital y gananciales, no se proratearán entre el marido y la muger.
4. Habiendo gananciales se ha de deducir el importe de los capitales de ambos cónyuges, y el de las deudas.
- 5 y 6. Si los bienes llevados por el marido al matrimonio consisten en número, peso ó medida, y se consumieron ¿los perderá éste?
7. ¿Si deberá deducirse el valor del ganado productivo que llevó el marido, y que despues se murió ó vendió?

1. Rebajados del caudal inventariado los bienes dotales y estradotales propios de la muger, ó su importe si no existen, se han de descontar los que el marido acredite haber llevado como capital suyo al matrimonio, y los que durante éste haya adquirido por herencia ú otro título lucrativo; pues como fondo puesto en la sociedad debe segregarse antes de proceder á liquidar los gananciales si los hubiese. Lo mismo se ha de observar aun cuando no los haya, si tampoco hay deudas contra el caudal ó éste alcanza para su satisfaccion y para la de la dote y capital. Si el marido hubiese llevado al matrimonio algun caudal ageno por habersele constituido pagador de deudas, ó para reintegrar á otro, y no las pagó mientras estuvo casado, se ha de estimar como caudal suyo, para el efecto de deducirlo antes que los gananciales, porque entró en la sociedad conyugal.

cibiendo éste el residuo y nada mas, porque generalmente hablando él es el que debe pagar las deudas á falta de gananciales y no su muger, aunque se hubiese obligado con él á su satisfaccion; porque semejante obligacion es subsidiaria ó accesoría en defecto de bienes del marido, y aun para esto es necesario que se la haya seguido utilidad de las deudas, ó que éstas provengan de tributos ó derechos nacionales. Si el importe de las deudas fuese igual al de los gananciales, nada de éstos habrá que repartir entre los cónyuges; y así no percibirán mas que el importe de lo que llevó cada uno á la sociedad conyugal.

3. Si las deudas hubiesen consumido el capital y gananciales, no se proratearán entre marido y muger, porque aquel no entrega á ésta sus bienes, ni ella los administra ni se obliga á su restitution como le sucede á éste con respecto á la de los dotales, ni tampoco se la transfiere su dominio como se verifica con el marido; por cuya razon éste deberá satisfacerlo todo, aunque nada le restare.

2. Si durante el matrimonio hubiesen contraido los cónyuges tantas deudas que excedieren al importe total de los gananciales, se deben deducir aquellas despues del haber propio de la muger, y antes de sacar el capital del marido, parti-

4. Mas si hubiere gananciales que partir aunque los bienes que llevaron al

matrimonio hayan perecido, y todos los que existan sean adquiridos en él, se deducirá sin embargo del total de los capitales de ambos las deudas, pues no importa el que existan los mismos bienes ú otros en su lugar, sino que el total valor de los existentes cubra ó supere al importe de los llevados á la sociedad conyugal y deudas de ella; bien que en este caso de haber gananciales suficientes, lo mismo es deducir el capital antes ó despues de las deudas, pues sale la misma cuenta.

5. Si el marido hubiese llevado al matrimonio, ó heredado despues de casado bienes que consisten en número, peso ó medida y se consumieron, los perderá si no hubiere gananciales, y no podrá pretender otra cantidad en especie, ni su estimacion como la muger por los suyos; ya porque ésta no se hace dueña ni administradora de los bienes del marido, como éste de los de ella, y ya tambien porque las leyes no obligan á la muger á esta responsabilidad.

6. Pero habiendo gananciales sacará el marido el valor que tenian los referidos bienes, cuando los llevó al matrimonio como fondo puesto en la sociedad conyugal, cuyo importe ha de rebajarse primero aunque nada quede partible como ganancia, y no otros tantos en número de cada especie por las razones siguientes: 1.ª Porque su valor es lo que real-

mente puso por fondo, del cual no se transfirió á la muger el dominio: 2.ª Porque si cada especie valia mas entonces, quedaria perjudicado, utilizando la muger el exceso; y si valia menos, quedaria perjudicada ésta; por lo que dándole la estimacion que tenian, en la que pudiera haberlos vendido entonces y de que se utilizó la sociedad, á ninguno de ellos se hace agravio: Y 3.ª Porque aun cuando la muger se hubiese obligado á restituirle la misma cantidad de cada especie, si ésta pereciese, lo estará solamente á la estimacion que tuviere al tiempo que se consumió ó pereció.

7. Si el marido hubiere llevado al matrimonio ganado productivo sin apreciar, y muriese habiendo gananciales, sacará el valor que tenian las reces cuando murieron, pues primero se ha de separar el fondo puesto en la sociedad, que dividir las utilidades de ella. Por la misma razon si el marido las hubiese vendido voluntariamente, solo tendrá derecho á sacar el mismo precio de las que vendió, pues la muger no tuvo parte en la venta ni prestó su consentimiento. Pero si la venta fué necesaria, como para pagar deudas del matrimonio ú otros gastos precisos, aunque se hiciese en bajo precio, no se deducirá éste solamente, sino el justo valor que tenia lo vendido al tiempo de la enagenacion.

CAPÍTULO IV.

DEDUCCION DE LAS DEUDAS.

1. Las deudas legítimas contraídas durante el matrimonio han de pagarse de los gananciales.
2. Las contraídas antes del matrimonio por cualquiera de los consortes, no deben rebajarse del caudal comun.
3. Modo de deducir las deudas que tenga contra sí cada consorte.
4. Si cualquiera de los cónyuges no hubiese llevado al matrimonio sino deudas, éstas se deducirán de su porcion de gananciales.

5. Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sugeto una cantidad, ¿deberá deducirse del cuerpo de bienes?
6. Entre las deudas que deben bajarse del caudal comun, se cuentan los salarios de los criados.
7. Se han de bajar tambien los gastos útiles y necesarios que hizo alguno de los herederos en mejorar y reparar los bienes comunes de la herencia.
8. Si alguno de los herederos, estando los demás ausentes, hiciere algunos gastos en defender la herencia, cuando otro pretendia quitársela, deben abonárselos los demás.
9. Si el heredero presente pidiera la herencia para sí, creyendo que no hay otro heredero, ¿qué hará si luego apareciese alguno?
10. ¿Qué deberá hacerse si alguna de las fincas de la herencia estuviere gravada con censo enfiteútico ó perpétuo?
11. No deberá bajarse del caudal lo que cada consorte hubiese gastado en alimentar á sus respectivos padres pobres.
12. ¿De dónde deben deducirse los gastos de inventario, particion y demás que ocurra?
13. Los herederos tienen obligacion de pagarlos á prorata de los bienes que les hubiere tocado.
14. ¿Quién habrá de satisfacer los derechos de discernimiento de tutela, curaduría y defensa del menor?

1. Separados del cuerpo del caudal inventariado del modo que se ha dicho, la dote y los bienes que los cónyuges llevaron al matrimonio al tiempo de contraerlo ó despues, ó bien el importe de ellos, se deben bajar las deudas legítimas y verdaderas que estén sin satisfacer, y que el marido solo ó la muger con su permiso, ó ambos juntos contrageron por razon de la sociedad conyugal, mientras estuvieron casados solamente; los cuales han de satisfacer de los gananciales que haya (1), tambien á veces tienen que pagarse del capital del marido, como se ha dicho en el capítulo anterior.

2. Las contraídas por cualquiera de los consortes antes del matrimonio, no deben rebajarse del caudal comun, pues cada cual está obligado á satisfacerlas de su propio haber; teniendo presente que por deudas no solo se entienden las que dimanen de algun préstamo, fianza, venta ú otro contrato semejante, sino tambien los censos y otras cargas ó respon-

sabilidades á que están afectos los bienes propios de ambos consortes; pues solamente lo que resulta líquido y efectivo se llama herencia, y como tal es objeto de la particion.

3. Supongamos, pues, que el marido llevó al matrimonio sesenta mil pesos de caudal, y despues resultó que debia cien mil ó que perdió en juicio una finca de este valor, ó bien que ésta se hallaba afectada á un censo ú otra carga de igual suma, que ambos consortes redimieron durante el matrimonio: en cualquiera de estos casos lo que realmente llevó el marido á la sociedad conyugal fueron sesenta mil pesos, y éstos son los que han de reputarse legítimo y efectivo capital suyo, deduciéndolo despues de la dote y demás bienes propios de la muger, y antes que los gananciales, advirtiendo en el correspondiente presupuesto de la particion, el motivo por que no se deducen los sesenta mil pesos íntegros, y lo mismo debe practicarse con respecto á la muger.

4. Si cualquiera de los consortes no hubiese llevado capital alguno, y sí deudas, las cuales se pagaron con lo adqui-

(1) Leyes 14, tit. 10, lib. 3 del Fuero Real, y 207 del Estiio.

ruido durante el matrimonio, esto menos le tocará de gananciales. El modo de formar en este caso la cuenta, es agregar numéricamente el importe de las deudas al de los gananciales, y hecha una suma se divide por mitad, entregando la suya íntegra en dinero ó bienes efectivos al consorte que nada debía, y aplicando al deudor en vacío ó entrada por salida, el importe de sus deudas satisfechas, se le entregará en efectivo el residuo. Por ejemplo, hay de gananciales diez mil pesos, se pagaron cuatro mil de deudas, que juntos suman catorce mil, de los que tocan siete mil á cada consorte. El deudor no llevará mas que tres mil, los cuales, unidos á los cuatro mil que debía y se pagaron, componen los siete mil efectivos; pues de partirse solamente los diez mil sin hácer mérito de los cuatro mil satisfechos, resultaria que el consorte deudor llevaba nueve mil, á saber: los cuatro mil que habian salido del caudal para pago de sus deudas, y los cinco mil que percibia efectivos; al paso que el otro consorte solo percibirá cinco mil, quedando por consiguiente perjudicado en dos mil que recibia de menos. Tambien puede formarse la cuenta de otro modo, esto es, separando para el consorte no deudor igual cantidad á la que se pagó por las deudas del otro, y dividiendo por mitad el resto de los gananciales.

5. Si el testador declarase en su testamento estar debiendo á alguna persona cierta cantidad y dispusiese que sus herederos se la paguen, y por otro medio legal constase la deuda, debe deducirse del cuerpo de los bienes, como verdadera, ya sean legítimos ó estraños sus herederos. Mas si no constase debe advertirse, que si éstos son estraños se deducirá del cuerpo de sus bienes privativos, no mandando aquel lo contrario, ya sea

cierta ó incierta, y la acredite ó no por otro medio porque á ninguno se debe legítima, y así deben contentarse con lo que les deje, sin inspeccionar la certeza ó certidumbre de ella. Si son legítimos se deducirá del quinto ó tercio, aunque el testador la jure, porque su mera confesion, aunque sea jurada no les perjudica, y así se estima como legado, el cual se debe deducir de ellos en cuanto quepa.

6. Entre las deudas que se deban bajar del caudal comun, se cuentan los salarios de los criados; por lo que si se debía salario á un hijo ó hijastro por haber servido á su padre ó padrastro, esculsándole un criado, mientras vivieron éstos no lo pidió, y despues de su muerte pretende su satisfaccion, se le debe pagar el devengado mientras estuvo sirviendo. No obstará que se hayan pasado muchos años mas de los tres que la ley (1) prescribe á los criados para pedir sus salarios; pues la prescripcion para con los hijos empieza desde la muerte, porque en vida ni acostumbran pedirlos por reverencia y respeto, ni es bien visto que demanden á sus padres por ellos. Mas para que no se presuma que los sirvieron solo por obsequio, y sí con ánimo de repetir su salario, conviene que así lo protesten, en cuyo caso se deducirá que se les deben, aunque sirviendo á su padrastro ó hermano, no necesitan protestarlo; porque cesa la razon de obsequio y piedad que hay respecto de sus padres.

7. Han de rebajarse igualmente del caudal comun los gastos útiles ó necesarios que de sus propios bienes hicieron alguno de los herederos, para reparar ó mejorar los bienes de la herencia, durante la proindivision, y aplicárselos íntegramente como acreedor, porque redun-

(1) Ley 10, tit. 1.º lib. 10, N.º R.

da en utilidad de todos; y no rebajándose estarán obligados los coherederos á reintegrarlos proporcionalmente. Si al efecto los interpelase judicialmente el interesado y no lo satisficiesen, deberán pagar además, desde el día de la interpelacion, los intereses del dinero que gastó en reparar ó mejorar la herencia, el cual pudo haber empleado en otra especulacion ó negocio.

8. Si alguno de los herederos que posee la herencia, en caso de que los demás se hallaren ausentes, hiciere gastos para defenderla contra algun otro pariente ó extraño que intentase quitársela, parece justo que reintegren al heredero defensor, porque de esta defensa les resultó utilidad, y puede decirse que hizo por los otros el oficio de procurador voluntario; y así como éste, administrando, mejorando ó beneficiando los bienes del ausente, puede repetir del dueño los gastos empleados en dicho objeto, de la misma suerte parece que el heredero defensor, aunque procuró su utilidad propia, debe ser resarcido, porque la proporcionó á los otros. Sin embargo, es este punto opinable, y algunos autores llevan la contraria.

9. Si el heredero presente, no poseyendo la herencia, la obtuviese en juicio para sí, y despues pareciese otro heredero ausente pretendiendo la mitad, y el presente se resistiere á entregársela bajo el pretesto de haberse declarado solamente á su favor, y al del coheredero que no litigó, deberá aquel cederle su derecho por mitad, para que la perciba de los poseedores; y si está en posesion de ella entregársela, pues la sentencia aprovecha al coheredero, segun derecho; mas deberá abonar al otro las costas proporcionalmente causadas.

10. Si alguna de las fincas de la he-

rencia estuviese gravada con censo enfiteútico y perpétuo, se han de deducir de su valor el duplo capital del cánon ó réditos anuales que paga, y despues tres laudemios ó cincuentenas que es un seis por ciento del residuo que quedó deducida la carga real y duplo capital, pues se debe aplicar libre enteramente del enfiteúsis. La diferencia que hay cuando se vende, consiste en que entonces se abona solamente el duplo capital y la cincuentena que por la venta se causa, y toca percibir al dueño del dominio directo; á menos que el comprador pacte que se le ha de dar libre enteramente de esta carga, como si nunca la hubiera tenido; en cuyo caso se deben abonar cuatro cincuentenos y el duplo capital ó redimirle antes de la venta por éste, que es lo que debe practicarse para no gastar tanto; pero siempre servirá de regla la escritura primitiva de su constitucion; y si no la hubiere, ó si no se espresare nada, aunque la haya, se observará la costumbre del pueblo; y lo líquido sobrante de su valor se aplicará al interesado.

11. No debe bajarse del caudal comun ni de los gananciales lo que cada uno de los consortes hubiese gastado en alimentar á sus respectivos padres pobres, ó en dotar y alimentar á los hijos que haya tenido de otro matrimonio por las siguientes razones: 1.ª Porque estas obligaciones son peculiares y privativas del que las contrajo, y se refieren á tiempo anterior del matrimonio. 2.ª Aunque la deuda contraída por los consortes durante el enlace, ha de satisfacerse de los gananciales, esto se entiende cuando se contrajo por razon de los negocios de la sociedad misma, pero no por privativo y peculiar interés de algun sócio. Sin embargo, si los cónyuges hubiesen pactado lo contrario, ó á aquel á quien corresponde no recla-

mase el importe de dichos alimentos, no se hará mérito de esta partida.

12. Los derechos de inventario, tasacion, particion y demás que se ofrecieren hasta que á cada partícipe se le entregue el testimonio de su haber, no habiendo mas que gananciales, deberán pagarse de estos bienes por mitad entre la muger y los herederos del marido. Tambien ha de satisfacer aquella lo que á proporcion le corresponda como legataria, si el marido la hubiere hecho alguna manda; pero nada le corresponderá pagar de dichos gastos en razon de las arras, lecho cotidiano que la ley le concede, y luto que deben darla los herederos, pues nada de estas cosas percibe como herencia, ganancial ó lucro de la sociedad conyugal, sino como débito; ni tampoco ha de contribuir por consideracion de la dote si la hubiese; porque en este concepto no percibe utilidad ni es heredera, sino acreedora, y para reintegrarla de este crédito no es necesaria otra operacion que la de separar los bienes dotales, y por consiguiente es deuda líquida. Así que pagará solamente en razon del legado y de los

gananciales, si tuviere que percibir bajo cualquiera de estos dos conceptos.

13. En cuanto á los herederos, es claro que si todos hubiesen sido instituidos por partes iguales, deberán pagar con igualdad; pero si fueron instituidos en porciones diversas, ó alguno mejorado en el tercio ó quinto, habrán de satisfacer los gastos á prorata de lo que perciban. Por lo que hace á los derechos de sacar los títulos ó documentos que falten de alguna finca de la herencia, deberán deducirse del caudal comun; pues si el testador los hubiera sacado, ésta menos cantidad habria en aquel.

14. Los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensa, asistencia, y trabajo del curador de algun heredero menor, loco ó fátuo ó del defensor de algun ausente, deben satisfacerse por los mismos interesados, á mas de los que en concepto de herederos ó mejorados, si lo fueren, les toca: lo cual prevendrá el partidor por declaracion al fin de la particion, para que la tasacion se ejecute en los términos espuestos.

CAPÍTULO V.

DEDUCCION DE LAS ARRAS, JOYAS, Y LUTO DE LA VIUDA Y HEREDEROS DEL DIFUNTO.

1. Entre las deudas particulares y privativas del marido se incluyen las arras que ofreció á su futura muger.
2. Cantidad que puede darse ú ofrecerse en arras.
3. La décima parte que el marido ofrece puede consignarla ó en finca determinada, ó en el total de bienes, ó en los mejores que tenga.
4. La ley del fuero que marca la porcion que puede darse en arras, no puede renunciarse, por ser ley prohibitiva.
- 5, 6 y 7. Si el esposo ofrece á la esposa el quinto de sus bienes para que lo reciba por via de arras, donacion, ó de cualquier otro modo, lo percibirá todo la muger.
8. Para hacer con el debido acierto la deducccion de las arras del primer matrimonio ¿qué deberá tener presente el contador?

9. ¿Qué distincion será necesario hacer en el caso de haber mediado solo promesa del marido y no entrega, ya en el mismo contrato dotal, ya en otro separado?
10. Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la muger, se la debe aplicar el usufructo de las arras, y no la propiedad, ¿y por qué?
11. Lo dicho sobre la deducccion de las arras se entiende cuando el marido al contraer matrimonio era soltero ó viudo sin hijos.
12. ¿Cómo deberá hacerse la deducccion de las arras, en el caso de que el marido se hubiere casado varias veces y á todas sus mugeres se las hubiere prometido?
13. Si el marido hubiere ofrecido arras, y tambien diese joyas á su esposa, ésta no tendrá derecho sino para escoger una de las dos cosas solamente.
14. Los herederos del difunto deben dar el vestido de luto á la viuda.
15. Pero no tendrá lugar cuando el testador manda espresamente lo contrario, ó no hubiere esta costumbre en el pueblo.
16. Opinion de algunos autores que dicen que el luto se ha de deducir del quinto.
17. Los herederos deben costear sus lutos de su haber propio, y no del cuerpo del caudal inventariado
18. Disposiciones sobre esta materia.
19. El vestido usual ú ordinario de la viuda no se ha de inventariar.
20. Este se le debe dejar aunque no lleve dote ni haya gananciales ¿y por qué?
21. Corresponde al juez la graduacion de los vestidos de lujo, ó que solo usaba la muger por lucimiento en ciertos dias.

1. Entre las deudas particulares y privativas del marido se cuentan las arras que ofreció á su muger ó en nombre suyo su padre, ú otro con título de recompensa; y cuyo ofrecimiento le obliga á satisfacerlas, y así han de sacarse de sus bienes propios como deuda contra ellos; porque la muger las hace suyas, y por su muerte tocan á sus herederos legítimos ó estraños, si no dispone espresamente de ellas. (1).

2. En cuanto á la cantidad que puede darse en arras, ya se dijo en el libro 1.º tit. 4, cap. 2.º, que donde estén en observancia la leyes del Fuero Real, ninguno puede dar ni ofrecer por via de arras, ó donacion por razon de casamiento, mas que la décima parte líquida y efectiva de los bienes libres que tiene cuando se casa, deducidas las deudas, cuya disposicion está confirmada por otras dos de la Novísima Recopilacion (2).

3. Esta décima parte que se ofrece ó se da por via de arras, puede consignarse en alguna finca ó alhaja determinada que la importe, ó en el total de las que el novio tiene ó tuviere en adelante sin distincion, ó finalmente en los mejores bienes que posea. En el primero de estos casos la aplicará el contador su importe en la misma finca ó alhaja con su hipoteca especial consignada: en el segundo hará la aplicacion en cualesquiera bienes de la herencia, porque en todos se las ofreció indistintamente, advirtiendo que si el marido deja deudas á su favor se la aplicará en ellas lo que proporcionalmente le corresponda de buenas, malas y medianas, que es á lo que en este caso tiene derecho, y no á que todo su importe sea de lo mejor. En el tercer caso hará la aplicacion en los bienes mejores, como en dinero, plata y oro por su intrínseco valor, bienes raices y derechos, perpétuos y redituables, y á falta de ellos en los mas útiles, pues esto significan las palabras *mejores y mas bien parados*.

(1) Leyes, 2, y 3.º tit. 3, lib. 10 N. R.

(2) Leyes 1, y 7, tit. 3, lib. 10 N. R.

4. Tampoco los padres del novio pueden dar en arras á la novia mas que la décima parte de lo que el hijo debe heredar de ellos, y así se observa en la la práctica. Téngase tambien presente lo que dijimos en el citado capítulo respecto á que dicha ley del fuero no puede renunciarse, por ser ley prohibitiva, y es un principio de derecho, que es nulo todo lo que se hace en contra de lo dispuesto por una ley prohibitiva; así que el contador no deberá abonar el exceso de dicha décima, sino limitarse únicamente á ésta, sea deduciéndola de los bienes que tenga entonces ó de los que tenia al tiempo de hacer su oferta, segun se hubiere hecho ésta.

5. Si en las capitulaciones matrimoniales ofreciere el novio á su futura muger el quinto de sus bienes por via de arras, donacion por casamiento, ó como mas haya lugar en derecho, y falleciere antes que aquella sin renovar la oferta en el exceso, no obstará esta circunstancia para que la muger perciba todo el quinto; y aunque parece que en el exceso debiera ser nula la oferta por la prohibicion de las leyes del Fuero, y restringirse por consiguiente dicho quinto hasta la décima, debe sin embargo tenerse presente que la muger lo percibe en distintos conceptos, porque el novio pudo á la vez hacer uso de las facultades que la ley del Fuero y la 28 de Toro le conceden. Así es que la muger recibe con arreglo á aquella ley por razon de arras, la mitad del quinto que es la décima y la otra mitad en concepto de legado y parte del mismo quinto. Además dicha ley 28 le permite disponer del quinto, en contrato ó por disposicion testamentaria, sin prescribir la clase de contrato en que deba hacerse, ni prohibir que sea en el de matrimonio, y así

en cualquiera puede donarle; pues lo que no está prohibido, se entiende permitido.

6. Esta doctrina es tan cierta que si habiendo fallecido con testamento hubiese dejado legados que consumiesen todo el quinto, y tenido hijos cuando se casó, se aplicará á la viuda una décima por razon de arras, y la otra décima se prorateará entre ella y los legatarios si no la revocó el testador, bajando previamente los gastos funerarios, misas y demás sufragios; y si muriese abintestato, la llevará toda deducidos éstos. Si no tenia hijos al tiempo de casarse, ó aunque los tuviese, si durante su vida murieron sin sucesion, llevará la viuda la décima; y del quinto íntegro de los bienes se bajarán los legados y gastos referidos, y el residuo de aquel será para ella; pues á falta de descendientes legítimos, puede ofrecer la décima entera á la novia, y disponer despues del quinto, lo cual le estará prohibido en el caso de tenerlos al tiempo de casarse; bien que si dichos gastos y legados no consumen en este caso la mitad del quinto, será el sobrante de esta mitad para los herederos, porque la viuda no tiene derecho á mas que á la otra mitad que se la ofreció en el contrato dotal, y es visto que en nada mas quiso beneficiarla su marido.

7. Así pues, el partidor no debe ampliar su voluntad á otra cosa que á lo que en vida y muerte manifestó espresamente el testador, y si consume la mitad entera y parte de la otra mitad; deberá contentarse con el residuo de ésta. Mas para evitar disputas, se dirá en la oferta: „que se le hace del quinto para que lo perciba todo: la mitad que es la décima „por via de arras y donacion por casamiento, con arreglo á la ley del Fuero;

„y la otra mitad, en caso de no revocarla, como donacion de parte de dicho quinto segun se lo permite la 28 de Toro, ó como mas le convenga y haya lugar en derecho para que no se invalide en todo ni en parte alguna.” Lo mismo procede en el tercio teniendo ascendientes, segun la ley 6 de Toro, porque existen las mismas razones.

8. Para hacer con el debido acierto la deducccion de las arras del primer matrimonio del marido, deberá tener presente el contador si éste hizo entrega de ellas, ó solo se las ofreció á la muger. Si se las hubiere entregado como aumento de dote, y ella las incorporó bajo este concepto en la carta dotal, formarán parte de aquella, y en este caso deberán deducirse del cuerpo de bienes juntamente con la dote; pero si no mediaron dichas circunstancias, y se hubiere empleado el importe de las arras en cosa útil á la sociedad conyugal, se deducirán despues de la dote, á modo de los bienes parafernales ó estradotales; y así como la muger no tiene derecho á que se la abonen éstos, cuando los gastó en usos ajenos del matrimonio, de la misma suerte no se deducirán, ni se la abonarán las arras, si las hubiere empleado de este modo.

9. Si hubiese mediado solo promesa del marido en cuanto á las arras, y no entrega, ya en el mismo contrato dotal, ya en otro separado, es necesario advertir que si no hay gananciales, han de rebajarse del caudal propio del marido, como deuda privativa de él. Si los hubiere, y la muger los renunciase, no puede haber duda en el modo de hacer la deducccion de las arras; porque en este caso es del marido todo el caudal restante despues de rebajadas la dote y demás deudas. Mas si aceptase los ganancia-

les, entonces despues de rebajar la dote, los bienes parafernales, las deudas del matrimonio, el capital del marido, y la mitad de gananciales que le corresponden, se agregará la otra mitad de ellos al capital del marido, y de esta suma se descontará la décima parte ó menos, segun lo que hubiere prometido en arras el consorte; pues si se hiciere la deducccion antes de dividirse los gananciales, saldria la muger perjudicada. Si además la hubiere legado su marido el quinto ó parte de él, para deducir éste se sacarán antes las arras; porque siendo las mismas un débito contra el caudal del marido, habrán de separarse primero como cosa ajena, y de no hacerlo así resultaria perjuicio á la muger.

10. Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez, se la deberá aplicar solamente el usufructo de las arras, y no su propiedad, porque ésta toca á los hijos del primer matrimonio, y tiene obligacion de reservársela (1); y aun cuando no esté casada debe contener su adjudicacion la cláusula, „de que „en caso de contraer matrimonio dentro „ó fuera del año de su viudedad, deberá „reservar su propiedad á los herederos del „primer marido segun lo mandan las le- „yes.” Lo que deberá tener presente el partidor, pues por carecer de la citada cláusula las adjudicaciones, suelen los herederos del marido no usar de su derecho, de que están ignorantes, y quedan perjudicados.

11. Lo dicho últimamente sobre deducccion de las arras; se entiende cuando el marido al contraer matrimonio era soltero ó viudo sin hijos; pues en uno y otro caso puede ofrecer arras y además legar el quinto á su esposa, no excediendo en

(1) Ley, 25, tít. 13, par. 5.

aquellas la cantidad prefijada por la ley. Pero si el viudo que casó segunda vez tuviere hijos del primer matrimonio, se deducirán las arras del quinto por dos razones: 1.ª Porque los hijos y demás descendientes legítimos tienen ya adquirido un derecho á los bienes de su padre, y se les deben todos, segun ley, excepto el quinto: 2.ª Porque de otro modo se contravendria á la ley 28 de Toro, en la cual se prohibe al padre disponer de mas que de un quinto en vida y muerte; y si diere ú ofreciere arras, y además legare el quinto, gravaria las legítimas en el importe de aquellas.

12. Si el marido se hubiere casado diferentes veces, y ofrecido en arras á todas sus mugeres la décima parte de sus bienes como puede hacerlo, ha de graduarse aquella para hacer la deducccion, segun los respectivos bienes que al tiempo de la muerte de cada una le tocaban, y que hubieran percibido á haberse hecho antes la particion; pero no constando á quanto ascendian, como que son créditos de una misma especie y privilegio, el primero en tiempo lo será tambien en derecho; y así los hijos de la primera muger sacarán la décima de todos los bienes que deje, los de la segunda la décima del residuo, y por este órden los demás. Por ejemplo; se dejó cien mil pesos líquidos, llevarán los herederos de la primera diez mil, que son la décima de ellos: de los noventa mil que quedan sacarán su décima los de la segunda, y así sucesivamente. Si el marido hubiere ofrecido á alguna de sus mugeres cantidad determinada, debe atenderse á si cabe ó no en la décima, y así mismo si la constituyó en sus bienes presentes y futuros, ó solamente en los presentes. Si no cabe se le abonará lo que quepa, y nada mas; y si cabia en los que tenia cuando la

ofreció, y no en los que deja, se le ha de abonar el total, siempre que no se grave la legítima de los hijos anteriores; porque en perjuicio de éstos no puede ofrecer ni donar mas que el quinto. Pero esto se limita en la primera muger, pues si cabia la cantidad ofrecida en la décima de los que poseia al tiempo de casarse, como entonces nadie tenia derecho á ellos, se debe deducir íntegra y abonársele como deuda contra el caudal del marido.

13. Si el marido hubiere ofrecido arras, y tambien diese joyas y vestido á su esposa viuda ó soltera, debe escoger una de las dos cosas dentro de veinte dias despues de requerida por los herederos de su marido: no haciendo en dicho tiempo la eleccion, corresponderá ésta á dichos herederos, ó á los de su esposa, en caso de haber fallecido la misma antes de elegir (1). Estas dádivas se deducirán del cuerpo de bienes como cosa propia de la muger en caso de haberlas ganado ó adquirido segun derecho; pues de lo contrario no se hará deducccion de ellas á favor suyo sino que pasarán á los herederos del marido.

14. En cuanto al luto ordinario ó cotidiano es de advertir que deben los herederos del marido costear el de la viuda, segun su calidad y haberes, ó satisfacerla lo que le haya costado, si ella lo hizo á sus espensas, á mas de darle su dote, bienes parafernales y mitad de ganancias que por derecho le tocan; pues por alimentos no solo se entiende la comida y habitacion, sino tambien el vestido, curacion y otras cosas necesarias.

15. Esta doctrina debe entenderse con respecto á los pueblos donde haya costumbre de hacerlo así; porque de lo contrario no puede la viuda exijirlo, y

(1) Ley, 3, tit. 3, lib. 10, N. R.

aun habiendo dicha costumbre, si se casare dentro del año de su viudedad, y el luto fuere de algun valor, estará obligada á restituirlo á los herederos del marido en el estado en que se halle, así como el usufructuario de bienes que se deterioran ó envejecen con el uso, porque lo disfrutó legítimamente el tiempo que permaneció viuda. Pasado el año no tendrá dicha obligacion, sea ó no precioso el luto, porque cumplió con el fin para que se lo dieron los herederos, y no incurre en pena, por no estarle prohibido el casarse. Es de notar que al marido no se le debe luto por la muerte de su muger, porque no tuvo derecho á ser alimentado de los bienes de ella, ni se considera desamparado como ésta; y así solo habiendo costumbre se le abonará.

16. Opinan algunos autores que este luto ó su valor ha de deducirse del quinto, siendo los herederos descendientes legítimos, y no del cuerpo del caudal ó haber del difunto, ya para que no se disminuya la legítima de los hijos, y ya por que se entiende comprendido en los gastos funerarios; pero á la verdad este fundamento es muy débil, y como tal no convence. En primer lugar, porque ninguna ley lo manda. En segundo, porque segun la 30 de Toro solo deben rebajarse del quinto los gastos del funeral, misas y mandas piadosas y demás legados, y el luto no se considera comprendido en el funeral, ni hay precision de llevarlo, ni está mencionado entre las cosas que la ley citada ordena se deduzcan del quinto. En tercer lugar, porque la costumbre de dar luto á las viudas fué introducida por los herederos del marido, y por este hecho se impusieron el gravámen y la obligacion de dárselo de su caudal como parte de alimentos, y no del que la ley dejó al tes-

tador que es el quinto; obligacion que tenian aun antes de formarse la ley 28 de Toro, en que sin comparacion era mucho menor la legítima y mayor la libertad de los padres acerca de sus bienes; y así no se les defrauda ni disminuye aquella, porque el luto, donde hay costumbre de traerlo, es deuda contra ellos. Por consiguiente, no habiendo costumbre ó mandato espreso del testador en contrario, disponga ó no del quinto se debe bajar el importe del luto ordinario del cuerpo de su caudal propio, como deuda contra él, y no del inventariado, porque entonces pagará la viuda la mitad, ni tampoco del quinto, el cual no puede gravarse en mas de lo que la ley dispone.

17. En cuanto á los lutos de los herederos no hay duda que deben costearlos ellos mismos de su haber privativo, y no del cuerpo del caudal inventariado, porque entonces pagaria indebidamente la viuda la mitad de su importe. Tampoco debe costearse del quinto, porque como se ha dicho la ley prefijó las deducciones que deben hacerse de él, y ésta no se halla comprendida, fuera de que el luto redunde en utilidad de los mismos herederos ahorrándose de otros vestidos mientras lo gastan, á que se agrega el no haber ley que les obligue á hacerlos y solo se llevan por costumbre.

18. Debe tambien tenerse presente que la ley 2, tít. 13, lib. 6, Novísima Recopilacion y el auto 4, cap. 41, tít 12, lib. 7, solo permite llevar luto á los parientes del difunto en los grados próximos de consanguinidad y afinidad, que son por padre ó madre, hermano ó hermana, abuelo ó abuela ú otro ascendiente, suegro ó suegra, marido ó muger, ó el heredero aunque no sea pariente del muerto; y se prohíbe darlos á los criados y fami-

lia de éste y á los de sus hijos, yernos, hermanos, parientes y herederos, de suerte que á ninguno de la familia se deben dar, ni ellos deben ponérselos.

19. En orden á los vestidos que la viuda gastaba viviendo su marido, es de advertir que los usuales ó diarios deben entregársela ni inventariarlos sin hacer mérito de ellos, á menos que los hubiese llevado en dote ó incorporado en la carta dotal; pues entonces deben tasarse y adjudicárselos en cuenta de su haber. Si no los incorporó en la carta dotal, es consiguiente que no deberán valuarse, y se quedará con ellos en el estado que tengan.

20. Así mismo aunque no lleve dote ni haya gananciales, se la deberán dejar los vestidos que ordinariamente usaba, porque se consideran como parte de los alimentos, que debía darla el marido; con tal que su valor no exceda del

quinto, si el difunto hubiere dejado descendientes legítimos, ó del tercio, si fueren ascendientes. Por vestido ordinario se entiende aquel con que la muger salía diariamente á la calle con decencia, segun su clase y las facultades de su marido, cuya calificación debe dejarse al arbitrio del juez.

21. Los vestidos de lujo que solo gastaba la muger en dias señalados (y cuya graduacion debe hacerse tambien por el juez atendida la calidad de los consortes y la costumbre del pueblo, pues no se puede dar regla fija), deben quedar á beneficio del caudal de su marido y luego se los aplicarán en cuenta de su haber, porque éstos no se comprenden en los alimentos que debía darle, y no debe resistirse á tomarlos en parte de pago, á menos que los hubiese comprado con lo que le dió el marido por razon de diges y alfileres, como vulgarmente se dice.

TITULO 20.

De la division de gananciales.

CAPÍTULO I.

DIVISION DE ESTOS BIENES ENTRE UN CÓNYUGE Y LOS HEREDEROS DEL DIFUNTO.

1. Deducidos los bienes que el marido y la muger acrediten haber llevado á la sociedad conyugal, debe dividirse entre ambos todo lo demás como gananciales.

2, 3 y 4. Modo de dividir entre éstos la estimacion de los oficios de escribano, que comprasen durante el matrimonio.

5. ¿Cómo se hace la particion de la finca patrimonial que durante el matrimonio compra el marido por derecho de retracto y de la que adquiere por el pacto de retroventa?

6 y 7. Si el usufructo ó renta vitalicia que la muger lleva al matrimonio es comunicable al marido como frutos conyugales, ó está obligado á restituirlos como bienes dotales?

8. Por muerte del marido se acaba la sociedad que sobre alguna negociacion tuviere; pero puede renovarse entre el sócio, la viuda y los herederos.

9. Si el marido hubiere sido arrendador de rentas nacionales y al tiempo de su muerte no

hubiere espirado su arrendamiento, deberán comunicarse á la viuda las utilidades ó pérdidas que haya.

10. Si habiendo sido comerciante el marido prosiguere su viuda en el mismo comercio, se presume que continúa la misma negociacion.

11. ¿Disuelto el matrimonio podrá la muger repetir de los deudores y terceros poseedores sin cesion del marido, la mitad de los gananciales y créditos que le corresponden?

12. ¿A qué estará obligado el marido, si la muger ó sus herederos probasen que enagenó los gananciales con ánimo de defraudarla?

13, 14 y 15. ¿Si el marido hubiese donado ó consumido los gananciales en juegos ó en otros vicios, tendrá la muger accion contra sus bienes por la parte que donó ó disipó?

1. Verificada la deducccion de los bienes que el marido y la muger acreditaron haber puesto por fondo en la sociedad conyugal antes ó despues de verificarse el matrimonio, como tambien las deudas contraidas durante éste, en la forma y términos esplicados en los capítulos anteriores; resulta como utilidad ó incremento de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial se debe comunicar y dividir por mitad entre los dos consortes, si hubieren vivido juntos, segun lo ordena la ley 1.^a, tít. 4.^o, lib. 10 de la Nov. Rec., que dice: „Toda cosa que el marido y la muger ganaren ó compraren estando de consuno, háyanlo ambos por medio; y si fuere donadio del rey, y lo diere á ambos, háyanlo marido y muger; y si lo dieren al uno, háyalo solo aquel á quien lo diere.”

2. En el título 5.^o del libro 1.^o se trató de los gananciales, reservando para este lugar todo lo relativo á la division de ellos, y algunas cuestiones que debe tener presente el contador para proceder con el debido acierto á la particion. Allí se dijo entre otras cosas, que es comunicable entre los consortes la estimacion ó valor de los oficios de escribano, que compran durante el matrimonio. Así es que si falleciere un padre dejando hijos de dos matrimonios, y al tiempo de su muerte existiere el oficio, llevarán los

del primero la mitad como parte de herencia materna, y partirán con sus medio hermanos la otra mitad, como herederos todos de un mismo padre; lo cual se practica y debe practicar, no solo con esta clase de bienes, sino tambien indistintamente con otros cualesquiera comprados y adquiridos por ambos cónyuges durante el matrimonio, á no ser que los interesados se convinieren en lo contrario, como pueden hacerlo si son mayores de edad. Lo mismo sucede con el derecho de patronato que adquirió el marido durante el matrimonio por fundacion, dotacion ó construccion de alguna iglesia, pues es igualmente comunicable.

3. Si habiendo comprado el marido alguno de estos oficios antes de casarse, satisfaciase despues parte de su precio con el dinero dotal de la muger, ó redimiase con éste el censo con que se hallaba gravado el oficio antes de celebrarse el matrimonio; dúdase si tendrá parte la muger en el mismo oficio ó censo por la subrogacion de su dinero con que se acabó de pagar ó redimir el gravámen; como tambien si el aumento ó mayor valor que tenga al tiempo de la disolucion del matrimonio será ganancial, y de consiguiente comunicable.

4. En cuanto á la primera cuestion debe tenerse presente que si bien es cierto que lo que se compra con el dinero de

la dote se considera tambien dotal, y lo comprado se subroga en el precio dado por ello; no se verifica sin embargo así en el presente caso, porque no se compró durante el matrimonio, como lo exige la ley (1), sino tan solo se pagó parte de lo que se debia, y por la mera solucion no se transfiere el dominio á la muger. En órden á la segunda cuestion diré, que el mayor valor que tenga el oficio será comunicable á entrambos cónyuges; porque aunque no se adquirió por el trabajo ni industria de los mismos, ni ellos se lo dieron; no obstante será objeto de la sociedad conyugal el aumento de su valor, pues todo lo que se adquiere con el dinero de un consorte corresponde á la sociedad conyugal, sin atender á si el otro cónyuge tenia igualmente dinero, ó si concurrió con su trabajo á la adquisicion. Por consiguiente, si al tiempo de la particion tuvieren los referidos oficios mas valor, se han de adjudicar por éste, y no por el que costaron; pues como queda dicho, su aumento intrínseco pertenece á la sociedad conyugal, igualmente que el deterioro, si lo tuvieren.

5. Tambien es comunicable entre los dos consortes el precio de la finca patrimonial que durante el matrimonio retrae el marido por derecho de sangre; debiendo tenerse presente para la particion, que aun cuando el valor de este fundo retraido se inventarie y considere como aumento del caudal de ambos para saber á cuanto ascienden las utilidades de la sociedad, no se ha de dividir entre ellos, sino aplicarse íntegros al marido, como dueño (en parte de pago de su mitad de gananciales, y por su muerte á sus herederos), adjudicando á la muger otra cosa por la mitad que le corresponde de dicho

precio; pues á ninguno se debe despojar del dominio de sus bienes conocidos para adjudicarlos al otro sin que preceda su consentimiento, ó cuando no se pueda hacer pago de su haber en otros términos. Así mismo se deberá adjudicar al marido la finca que recupera en virtud del pacto de retroventa, y á la muger se aplicará la mitad del precio en que volvió á comprarse, por cuanto salió del fondo comun.

6. Acerca de si los réditos de censos, usufructo, pension, legado anual ó renta vitalicia que la muger lleva al matrimonio son ó no comunicables al marido como frutos conyugales, hay divergencia de opiniones. La mas corriente es que no lo son por las siguientes razones. 1.^a Porque los frutos que consumen la sustancia de la cosa no pertenecen al marido, y los espresados son de esta naturaleza. 2.^a Porque en el usufructo de todos los bienes se comprenden los frutos ó intereses del dinero que se debe, mas no al mismo dinero; y así el marido no podrá usar de dichos réditos y hacerlos suyos sin la obligacion de restituirlos, porque son capital, y consumido nada queda; y 3.^a Porque así como llevando la muger en dote no estimada una cantera ú otra cosa que no crece, y que por su naturaleza no renace lo que se corta ó saca de ella, no adquiere el marido las piedras estraidas, porque no son frutos, y debe restituir á la muger el importe de ellas; así tambien si los espresados réditos se consumen, aunque la pension durare muchos años, debe el marido restituirlos como dotales.

7. Los sostenedores de la opinion contraria sostienen que el marido hace suyos los frutos, sin estar obligado á su restitution; porque se le conceden para ayudar á sostener las cargas matrimoniales;

(1) Ley 49, tit. 5, p. 5.

y por consiguiente son comunicables entre ambos cónyuges como otros cualesquiera frutos ó réditos. Mas Febrero hace la distincion de si los réditos, legado ó pension se concedieron á la muger por toda su vida, ó solamente por ciertos ó limitados años. En el primer caso nada debe restituirla el marido, porque tal derecho es la propiedad que lleva por dote, y lo que anualmente percibe son frutos y emolumentos de aquel derecho inseparable y permanente. En el segundo caso debe el marido restituir dichos frutos, porque es como una deuda y obligacion el satisfacer anualmente su total importe, pues acabado el tiempo de la concesion nada queda á la muger en propiedad ni usufructo.

8. Por muerte del marido se acabará la sociedad que sobre alguna negociacion tuviese con cualquiera; pero si entre el sócio, la viuda y los herederos del difunto, se renovase tácita ó espresamente aquella, deberán repartirse lo que se ganare como sucede en toda sociedad; y aun cuando se renueve se ha de comunicar y dividir entre los mismos la ganancia percibida del negocio entablado antes de la muerte del consócio; debiendo advertirse que los herederos de éste y la viuda están obligados á continuar los negocios de la sociedad comenzada, mas no á emprender otros nuevos si no quisieren.

9. Si la sociedad del difunto hubiese tenido por objeto el arrendamiento de alcabalas y otros derechos públicos, no se tendrá por acabada, sino que pasará á sus herederos, siempre que al contraerla se hubiese hecho mencion de éstos, y fuesen igualmente idóneos que el difunto para el manejo de tales negocios. Así mismo si el marido hubiere sido por sí solo arrendador de las referidas alcaba-

las ó rentas, y al tiempo de su muerte no hubiese espirado el arrendamiento, serán comunicables á la viuda las pérdidas ó ganancias que haya despues del fallecimiento de su marido.

10. Si éste hubiere sido mercader ó negociante, y la viuda continuase en el mismo tráfico, será partícipe de las utilidades ó pérdidas que hubiere; porque se presume ser su intencion hacer frente á las obligaciones del marido; y por consecuencia será responsable de los buenos ó malos efectos de éstas mismas. Acerca de si deberán repartirse con igualdad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos legítimos del difunto, los gananciales que aquel hubiese adquirido con los bienes comunes de la herencia que quedaron *pro indiviso* en poder suyo, véase lo que se dijo en los números 15 y 16, capítulo único, título 5 del libro 1.º

11. Dúdase si disuelto el matrimonio podrá la muger repetir y cobrar de los deudores y terceros poseedores, sin cesion del marido ó sus herederos, la mitad de los gananciales y créditos que le corresponden. Algunos autores opinan que si en el instrumento ó contrato se hace mencion de ella juntamente con el marido, puede hacerlo, mas no si falta este requisito; porque en la sociedad universal ó de todos los bienes no se transfieren los derechos sin la cesion. Mas otros, cuyo parecer encuentro mas conforme, dicen que no es necesaria la cesion, hágase ó no mencion de la muger en el instrumento, y sean los bienes muebles, raices, derechos, deudas y acciones. Para ello se fundan: 1.º En que haciéndose la muger dueña absoluta de la parte que le corresponda, luego que muere su marido, es supérfluo que pida lo que tiene y el derecho le concede; 2.º En que cuando la ley divide alguna cosa entre varios,

no es necesaria la mútua cesion de unos á otros, y así cada uno puede pedir su parte respectiva: 3.º En que así como el sócio puede denunciar por su parte la obra nueva, si lo hace á nombre de los consócios, dando la competente caucion (1), del mismo modo podrá exigir tambien los débitos sin cesion: 4.º En que la sociedad convencional es muy diferente de la conyugal; y 5.º En que segun una ley de Partida (2), lo que un sócio adquiere en la compañía universal, se comunica á los demás sin cesion; y siéndolo la conyugal en cuanto al lucro, es consiguiente que se deberá comunicar tambien sin ella.

12. Aunque el marido puede enagenar durante el matrimonio los bienes gananciales, sin embargo, si la muger ó sus herederos probasen que dicha enagenacion se hizo con ánimo de defraudarla, y las cosas enagenadas fuesen de las que llaman fungibles, deberá el marido ó su heredero satisfacerle su parte de su propio peculio, ó imputársela en la suya de gananciales. Si despues de hecha escusion en sus bienes no quedare reintegrada, podrá usar de la accion revocativa contra el poseedor de ellos como hecha en fraude suyo. Si la enagenacion fué de cosa que existe, podrá usar la accion contra el poseedor sin hacer escusion.

13. Tambien están discordes los autores sobre si habiendo el marido donado ó consumido los gananciales en juegos ó en otros vicios, tendrá la muger accion contra sus bienes por la parte que donó ó dispó. Espondré las opiniones de unos y otros, haciendo ver la que me parece mas razonable. Unos afirman que cesante el dolo espuesto puede enagenarlos sin que la muger tenga recurso por

su mitad (1); lo primero, porque esta palabra enagenar es tan ámplia y general que comprende todos los contratos, distractos y actos, por los cuales se transfirieron el dominio útil y directo: lo segundo, porque la ley habla generalmente sin distinguir si la enagenacion ha de ser por venta, donacion ú otro título oneroso ó lucrativo, y por lo mismo se comprende en ella la donacion, pues la ley se debe entender segun está escrita sin distincion alguna; y lo tercero, porque dicha ley es posterior á las del Fuero, que conceden á la muger la mitad de gananciales, y las corrige; y así en consideracion á que el marido es el que los adquiere (pues las mugeres apenas se pueden mantener decentemente con su honesto trabajo, como lo vemos), le confiere amplias facultades para enagenarlos por cualquier título sin licencia de su muger como dueño.

14. Otros autores fundados en la mora y libre administracion que conceden al marido, son enteramente de contrario sentir en cuanto hacen donacion de los gananciales; porque el donar es perder y desfaltar el matrimonio, y en la administracion general concedida al marido por la ley con facultad de enagenar, no es visto habérsele dado la de donar, y así no lo puede hacer el que la tiene, á no ser que especialmente se le conceda. Por consiguiente, mucho menos podrá disponer el marido de los gananciales para disiparlos en el juego ú otros vicios.

15. Conciliando otros ambos pareceres, y eligiendo un término medio opinan que siendo pequeña la donacion, y hecha por justa causa á parientes, criados ó amigos, valdrá; mas no si fuere in-

(1) Ley 2, tit. 32, p. 3.

(2) Ley 6, tit. 10, part. 5.

(1) Ley 1, tit. 14, part. 1.

moderada, y sin causa legítima para ha- no abuse enormemente de esta facultad, ceria, ó si fuere tal que arruine el patri- y así están prohibidas justamente la pro- monio, ó lo desfalque considerablemen- digalidad y disipacion. En este concepto te. Esta es la opinion que parece mas se debe entender la afirmativa, dejando conforme, pues de este modo no se priva al prudente arbitrio del juez, el regular y al marido de lo que es suyo, ni de lo que moderar la donacion, consideradas las se permite á cualesquiera persona pru- circunstancias de la misma y las del dente, porque aun cuando cada uno co- donatario, la causa que tuvo para hacer- mo dueño puede disponer de sus bienes la y el caudal del donante.

á su voluntad, conviene al estado que

CAPÍTULO II.

DE LA DIVISION DE LOS GANANCIALES CUANDO HAY HIJOS DE DIFERENTES MATRIMONIOS.

1. ¿Qué deberá hacerse para distribuir debidamente los gananciales habiendo hijos de dos ó mas matrimonios?
2. Constando los bienes de cada uno por los correspondientes documentos, y habiendo caudal bastante, no hay dificultad en hacer la particion.
3. No constando qué bienes llevaron al matrimonio el marido y la primera muger, pero sí los que quedaron por muerte de ésta, todos se reputan gananciales.
4. Constando los bienes que hubiesen quedado al fallecimiento de la primera muger, ¿qué descuentos deben hacerse?
5. Si constare que la primera muger llevó dote, mas no los bienes que quedaron á su fallecimiento, ¿qué deducciones deben hacerse?
6. Si hubiese llevado el marido al segundo matrimonio bienes suficientes para satisfacer cuanto pertenece á los hijos habidos en el primero, y hubiese dado algo á éstos, ¿cómo deberá hacerse la cuenta?
7. ¿De qué modo se hará ésta cuando el padre hubiere dado á los hijos del primer matrimonio, algo mas de lo que les correspondia por el haber materno?
- 8 y 9. Si el padre habiéndose casado dos ó mas veces no hubiese hecho particion ni inventario, ¿qué deberá hacerse?
10. Para que los hijos del primer matrimonio perciban algo que dicen corresponderles por razon de gananciales, es menester que lo prueben plenamente.
11. Para justificar que algunos bienes adquiridos en el primer matrimonio son gananciales, no bastará probar que se compraron durante él.
12. Cuando no se hizo ningún pacto acerca de los gananciales, se tendrá presente para su division la costumbre del pueblo.

1. Para distribuir debidamente los el respectivo haber de las mugeres, y lo gananciales cuando hay hijos de dos ó que por éste corresponde á cada cual de mas matrimonios, es preciso hacer otras los hijos.
2. Para liquidar los gananciales en tantas particiones, cuantos sean éstos, estas particiones tendrá presente el parti- cioner en cada uno de ellos hay que ha- dor las advertencias siguientes. Cuando cer diversa liquidacion, para averiguar

por los correspondientes inventarios y documentos, ó por probanzas, convenio ó confesion de los interesados, constaren los bienes que respectivamente llevaron á los diferentes matrimonios el marido y sus mugeres, juntamente con los que adquirieron durante la sociedad conyugal, y hubiese suficiente caudal para todo, ninguna dificultad se ofrece en hacer la particion, teniendo presente que si el padre falleciere, estando viudo de la segunda muger, no hay mas que aplicar á los hijos de ésta, y á los de la primera, con arreglo á las disposiciones testamentarias de entrambas, sus respectivos haberes maternos por dote, gananciales y demás derechos, deduciendo antes los gastos de funeral, misas y legados. Lo que despues de esto quede, pertenece al padre comun, y debe repartirse con igualdad entre todos los hijos (en caso de que no haya legado, mejora, ni derecho de reservacion á favor de alguno), hubiese ó no llevado capital el padre de estos diferentes matrimonios, y háyanse adquirido mas gananciales en uno que en otro, ó todos en el uno solamente.

3. Cuando no constan los bienes propios que el marido y la muger llevaron al primer matrimonio, pero sí los que quedaron al fallecimiento de aquella; como todos en este caso se reputan gananciales, deben dividirse por mitad entre ambos. Separados, pues, los respectivos capitales que llevaron al segundo matrimonio, las deudas y gananciales de éste; de lo que toque al padre, se aplicará á los hijos del primero la mitad de bienes que quedaron al fallecimiento de su madre, hechas las correspondientes deducciones; como que les pertenece como legítima materna.

4. Si constasen los bienes que hubiesen quedado al fallecimiento de la mu-

ger primera, como tambien los correspondientes á ésta, por su dote, gananciales, si los hubo, y demás derechos; se descontarán ante todas cosas la dote de la segunda muger; despues las deudas contraidas durante este matrimonio, y no otras anteriores; sacadas estas partidas, y los bienes que á él hubiese llevado el marido, ya sean propios, ya de la muger primera, se considerará como ganancia el remanente, cuya mitad corresponde á la segunda muger. La otra mitad perteneciente al marido, se agregará á los bienes que éste llevó al segundo matrimonio, y de su importe total se deducirá el haber de la muger primera, que corresponde á los hijos habidos de ella, como legítima materna; en seguida se rebajarán las deudas privativas que el marido tenia antes de pasar á segundas nupcias, y las arras de entrambas mugeres, si las hubiere prometido, aplicando cada cosa de éstas á quien se deba; y el residuo será el caudal paterno repartible entre los hijos que hubiere de ambos matrimonios.

5. Si constare solamente que la primera muger llevó dote, mas no los bienes que quedaron á su fallecimiento, se deducirán la dote y demás bienes propios de la segunda muger, las deudas contraidas durante el enlace con ésta; y de los bienes que toquen al marido, ya por su capital, ya por la mitad de gananciales del segundo matrimonio, ó bajo uno y otro concepto, se adjudicará á los hijos del primero cuanto acrediten legalmente debérseles por dote, arras y demás derechos de su madre; y el resto, si algo quedare, se repartirá entre los hijos de ambos matrimonios como herencia paterna.

6. Si habiendo llevado el marido al segundo matrimonio bienes suficientes para satisfacer cuanto pertenece á los hi-

jos habidos en el primero por sus legítimas maternas, y derecho de reserva, diese á éstos durante el segundo matrimonio el todo ó parte de lo que les toca en dicho concepto, entonces puede hacerse la cuenta de dos modos, á saber: 1.º Se agregará únicamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, como si existiese en la casa paterna; se deducirán la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y el capital íntegro del marido segun lo llevó, esto es, con todos los bienes pertenecientes á los hijos del primer matrimonio por legítima materna, y lo que resulte despues de hechas estas deducciones, serán bienes gananciales, que habrán de repartirse entre la viuda y los hijos de ambos matrimonios, como herederos todos de su padre. 2.º En vez de agregar al cuerpo de bienes lo entregado á los hijos, se considerará el capital que el padre llevó al segundo matrimonio, disminuido con el importe de este desembolso, y haciendo las deducciones de la dote y deudas, resultará la misma porcion de gananciales.

7. Si el padre hubiese dado á los hijos del primer matrimonio algo mas de lo que les correspondia por el haber materno, en cuenta de su legítima paterna, se puede girar la cuenta de dos modos: 1.º Agregando al cuerpo de bienes lo que llevaron dichos hijos por su legítima materna, y lo que el padre les anticipó en cuenta de la paterna: de esta suma total se deducirán la dote segunda, las deudas del segundo matrimonio, y el capital íntegro que el padre puso en la sociedad conyugal; hechas estas deducciones el residuo se dividirá por mitad entre la viuda y los hijos como gananciales. 2.º Se agregará solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos por cuenta de su legítima pa-

terna, y de esta suma total se rebajarán la segunda dote, las deudas del segundo matrimonio, y lo que el marido hubiere llevado á éste como capital suyo propio sin responsabilidad alguna, separando lo que pertenezca á los hijos por su legítima materna; y lo que resulte hechos estos descuentos, serán bienes gananciales repartibles, como se ha dicho.

8. Cuando el padre habiéndose casado dos ó mas veces no hubiere hecho particion ni inventario de bienes, de modo que no se sepa si hubo gananciales, ni en caso de haberlos, en cuál de los matrimonios se adquirieron, para dividir entre los hijos habidos en ellos lo que tocaron á sus respectivas madres; en este caso, que es el mas difícil de todos, interpondrá el contador sus buenos oficios para facilitar un arreglo ó convenio entre los interesados, recurriendo á pruebas, ó en su defecto á conjeturas prudentes.

9. Si no pudiesen avenirse, se observará lo siguiente: Si por escrituras ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos bienes existentes, se reputarán gananciales respectivos de él, y se aplicará la mitad á los hijos de aquel matrimonio, como adquiridos mientras estuvo casada la madre; pues la otra mitad corresponde al padre, en la cual todos los hijos indistintamente son interesados, si á ninguno hubiese hecho mejora. Si nada resultare ni puidere probarse, es necesario examinar cuánto tiempo estuvo casado el padre con cada mujer, qué negocios manejó, qué utilidades ó pérdidas tuvo, qué contratiempos le sobrevinieron, con las demás circunstancias ú ocurrencias que pueden conducir á la averiguacion de la verdad. Con estos datos formará su cuenta el partidador, ateniéndose á un cómputo prudencial; lo hará presente á los interesados, y si no

se convinieren, lo propondrá al juez, á fin de que oyéndolos en forma, resuelva y le prescriba reglas para estender la particion.

10. Si los hijos del primer matrimonio pretendiesen corresponderles gananciales, suponiendo haberlos habido en él; es necesario para percibirlos que prueben plenamente cuántos y cuáles hayan sido, como tambien que existian al tiempo del fallecimiento de su madre; y si lo probaren, se les han de satisfacer de los bienes privativos del padre, y no del caudal inventariado, si hay gananciales en el segundo matrimonio, á fin de no perjudicar en su mitad á la segunda muger.

11. Para justificar que fueron gananciales algunos bienes del primer matrimonio, no bastará probar que se compraron durante él, pues pudo haberse hecho con dinero dotal ó con capital del marido; sino que habrán de acreditar plena y concluyentemente, que cuando su madre murió, habia bienes suficientes para sa-

tisfacer todo lo que ésta y su padre llevaron al matrimonio, y las deudas contraídas durante él, siendo por consiguiente gananciales los restantes bienes.

12. Cuando no se hizo ningun pacto acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del pueblo en que se contrajo el matrimonio, con tal que estén en el término del mismo pueblo los bienes que se han de partir, pues no hallándose en él se ha de estar á la de aquel en que se domiciliasen. Por consiguiente, para participar la muger de la mitad de los que están en el pueblo de su domicilio, no es menester pactarlo cuando se casa, si allí se comunican los que se lucran, aunque nada se hable de ellos, y se haya casado en donde no son comunicables; de modo que donde se acostumbrare dividir las ganancias allí existentes, se dividirán sin necesidad de pacto, y no donde no hubiere tal costumbre.

CAPÍTULO III.

¿SE DEBERAN PAGAR DE LOS GANANCIALES LAS DOTES Y LAS DONACIONES PROPTER NUPTIAS?

1. Las dotes y donaciones propter nuptias se pagan de los bienes gananciales.
2. Si el padre solo dió ó prometió dote á su hija ó capital al hijo, sin que la madre preste su consentimiento, se pagará de los gananciales.
3. Si á consecuencia de la dote ó donacion que ofrecier on entrambos cónyuges, entregasen al hijo ó á la hija alguna finca propia de cualquiera de ellos, se entenderá que la dote ó donacion fué hecha de los bienes gananciales.
4. Si habiendo prometido dotar el padre y la madre, renunciase ésta los gananciales, ¿estará obligada á cumplir su promesa?
5. Si la promesa fué hecha en pueblo donde por costumbre no se comuniquen los gananciales á la muger, no tendrá la espresada obligacion.
6. No habiendo gananciales, ¿de dónde se sacarán las dotes y donaciones propter nuptias?
7. Si la madre, siendo curadora ó administradora de su hija la dotase, se entenderá que lo hace con los bienes de ésta, y no con los suyos.
8. Ofreciendo el padrastro ó la madrastra dotar ó hacer donacion á algunos entenados, no estarán obligados al cumplimiento de la promesa sus bienes propios.

9, 10 y 11. Resolución de la duda si mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes, y en finca lucrada durante su matrimonio, ¿valdrá esta mejora en el todo, ó en la mitad correspondiente al mejorante?

1. Aunque la madre no está obligada á dotar de sus bienes dotales ni parafernales á sus hijos, sin embargo, existiendo gananciales deberán pagarse de ellos las dotes y donaciones propter nuptias, aunque no se especificase cuando se entregó la dote ó se hizo la donacion, de qué bienes se habian de deducir. Así se dijo en el cap. 1.º, tít. 3, del lib. 1.º, y allí verá el partidior quien tiene obligacion de dotar, cómo deberá satisfacerse la dote cuando no hubiere gananciales, y otras cuestiones que deben tenerse presentes al hacer la particion.

2. Igualmente si el padre solo hubiere dado ó prometido dote á su hija ó capital al hijo, sin que la madre prestase para ello su consentimiento, se pagará no obstante de los gananciales; porque la obligacion de dotar es de ambos consortes, y porque el marido puede disponer de ellos segun ley para fines honestos. Mas si éste manifestase al dotar ó donar que lo hacia por cuenta de la legítima paterna y no de la materna, aunque haya gananciales no ha de satisfacerse de ellos, sino de los bienes del mismo padre; pues se entiende que fué su ánimo no gravar con esta deuda la mitad de las ganancias correspondientes á su muger. Si en este caso no alcanzasen los bienes paternos para cumplir lo prometido en dote ó donacion, deberá suplir la madre lo que falte, de su mitad de gananciales, mas no de sus bienes propios.

3. Si á consecuencia de la dote ó donacion que ofrecieron entrambos cónyuges, entregasen al hijo ó á la hija algu-

na finca propia de cualquiera de ellos, se entenderá sin embargo que la dote ó donacion fué hecha de los bienes gananciales; porque la ley no exceptúa este caso, y es una materialidad el que se le den tales ó cuales bienes, á no ser que el dueño de la finca renunciare el beneficio de la ley, manifestando que, como cosa propia suya, hace donacion irrevocable al donatario ó á la hija dotada; pues entonces esto deberá observarse como pacto formal.

4. Si despues de haber prometido dotar el padre y la madre, renunciase ésta los gananciales, estará obligada, cuando éstos no alcancen, á pagar de sus bienes propios la parte que le corresponda hasta completar lo ofrecido; porque la promesa se hizo antes de la renuncia, y por consiguiente quedó eficazmente obligada la madre á su cumplimiento.

5. Si el marido y la muger prometiesen la dote en pueblo donde por costumbre no se comuniquen los gananciales á la muger, no quedará ésta obligada con sus propios bienes al cumplimiento de lo prometido; porque en este caso se entiende que se hizo la promesa con el objeto de solo fiar á su esposo, lo cual le está prohibido (1); pero si fuere rica y el marido no pudiere satisfacer todo lo ofrecido, estará obligada á contribuir con sus propios bienes, segun el dictámen de algunos jurisconsultos.

6. Si el padre ofreciese dotar á la hija ó hacer al hijo donacion *propter nuptias*, y no hubiere gananciales, deberá

(1) Ley 61 de Toro.

pagarla de sus propios bienes, aunque tenga en su poder y administre bienes adventicios de dichos hijos, aun cuando proteste que hace de éstos la donacion ó entrega de la dote; pues por semejante protesta no se exime de la obligacion que le impone la ley teniendo bienes propios; pero si éstos no alcanzaren, se pagará de los adventicios el resto, ó el total, siendo el padre absolutamente pobre. Si éste hubiere dado á una hija cierta dote, y despues casare otra, si no se hubiese espresado en que términos, se entenderá ésta dotada en los mismos que la primera, con tal que ninguna de dichas dotes exceda el importe de las respectivas legítimas debidas á las hijas.

7. Si la madre siendo curadora y administradora de los bienes de su hija, la dotase, se entenderá que lo hace de los bienes de ésta, y no de los suyos, por cuanto no está obligada á ello como el padre; á menos que manifieste lo contrario; pero si la ofreciere en dote mas de lo que importen los bienes de la misma hija, se entiende haber prometido de los suyos el exceso.

8. Si el padrastro y la madrastra, ó el padre y ésta juntamente, ofrecieren al entenado ó entenada de ambos ó de alguno de ellos dote ó donacion *propter nuptias*, no se obligará con sus propios bienes dicho padrastro ó madrastra, porque no tienen obligacion de alimentar á los entenados; y así podrán repetir la parte de dote ó donacion que hubieren entregado, á menos que pueda probarse haberla hecho con ánimo de no repetirla. Tampoco se entenderá que la hace de sus propios bienes el hermano que habitare con su hermana poseyendo los bienes hereditarios *pro indiviso*, y durante la proindivision se casare aquella y la dotare el hermano; sino de

los correspondientes á la hermana, porque ni se presume donacion, ni el hermano está obligado por derecho á dotarla; y por consiguiente se supone que lo hace como administrador de sus bienes.

9. Dúdase si mejorando el padre á un hijo en el tercio de sus bienes, y en finca lucrada durante su matrimonio, que le entrega, valdrá esta mejora en el todo, ó solamente en la mitad correspondiente al mejorante. Ayora resuelve esta duda distinguiendo, si el padre hizo la mejora en testamento ó en contrato. En el primer caso valdrá solamente en la mitad, porque surte su efecto disuelto el matrimonio, en cuyo tiempo adquiere la muger dominio perfecto é irrevocable en la suya, por lo que es visto que no quiso mejorar sino en sus bienes propios; y esto es indudable. Si la mejora se hizo en contrato, ha de atenderse á si la hizo con ánimo de defraudar á su muger ó no; si fué hecha con aquel objeto, no la perjudicará en su mitad; mas si no tuvo semejante intencion, lo cual es presumible, mayormente si el mejorado es hijo de ambos, y el marido dejó otros bienes con que reintegrarla de su mitad, valdrá dicha mejora del tercio. Si el marido no los hubiese dejado, podrá repetir la muger su mitad del hijo ó hija mejorados, ó del que posea la cosa comun en que su marido consignó el tercio.

10. Esta opinion no parece muy segura en atencion á los términos absolutos con que se sienta, y puede decirse que le competirá dicha repeticion solamente en el exceso de la parte, que despues de deducida su legítima importe la mejora, ya se hubiese hecho ésta en finca raiz, ya en dinero, ya en alhajas ó cosas muebles adquiridas durante el matrimonio, y entregadas; porque no puede mejorarse á la hija ni por el uno ni por

la otra, ni la madre está obligada á mejorar al hijo, pues de lo contrario seria ilusoria la facultad que la ley 53 de Toro concede al marido para dotar y dar capital á sus hijos de los gananciales. Además, la dote y capital se dan en cuenta de legítima, y no como mejora para que los hijos se establezcan, y el padre está autorizado para hacer tales donaciones, sin que necesite el consentimiento de la muger; y ésta tiene la misma obligacion de hacerlo de ellos. Así pues, hasta en lo que importe la legítima valdrá la donacion de que se trata; y el hijo únicamente estará obligado á reintegrar á su madre del exceso ó ésta podrá repetir por él contra los bienes de su marido; y solo colacionará por la muerte del padre la mitad de lo que importe lo recibido; pues el que se llame mejora ó capital no altera la sustancia, y si el exceso á su legítima, para cuya donacion de los gananciales no le faculta la ley, que no de-

be ampliarse á lo que no espresa en perjuicio de la madre.

11. Pero si el hijo lo fuere del matrimonio anterior del marido, tendrá lugar la opinion de Ayora, siempre que la donacion no sea inmoderada. Lo mismo, y con mayor razon, debe practicarse cuando marido y muger dieron capital ó dotaron algun hijo ó hija, y despues de casados los dió ó prestó al padre solo alguna cantidad, pues deberá imputárseles ésta íntegra en parte de la legítima paterna, y no la mitad solamente. La razon es porque como la madre no estuvo obligada mas que á dotarlos, lo que despues les dió ó prestó su padre, es deuda á favor del caudal, que se les debe cargar en cuenta del haber paterno, y no defraudar á la madre ni privarla de su mitad, que no les dió ni tuvo obligacion de dársela ni prestársela con pretesto de beneficiarlos ó mejorarlos, por hallarse ya en estado.

CAPÍTULO IV.

DIVISION DE LAS MEJORAS HECHAS POR LOS CÓNYUGES EN SUS BIENES LIBRES Y VINCULADOS.

1. Las mejoras hechas en el mayorazgo ceden al mismo mayorazgo, y no se consideran como gananciales.
- 2 y 3. ¿Cómo deben dividirse las mejoras hechas en los bienes libres de marido y muger?
- 4 y 5. Si el marido tendrá accion para repetir las mejoras hechas en las fincas dotales no estimadas.
6. Si por gananciales resultan los gastos necesarios ó útiles hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos.
- 7 y 8. Modo de dividir estas mejoras que se consideran como gananciales.
9. Para graduar de mayores ó menores los gastos hechos en las fincas dotales, se ha de atender al fin con que se ejecutaron.
- 10 y 11. Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento que sus herederos entreguen á la muger libremente lo que llevó al matrimonio ¿deberán entregárselos con todos sus frutos y mejoras?

12. ¿Si podrá el marido repetir los gastos que hubiere hecho en la enfermedad de su muger?
13. ¿Si podrá repetir tambien los del funeral?

1. Las mejoras y reparos que el marido hubiere hecho en los edificios, posesiones y bienes de su mayorazgo, son propias del mismo mayorazgo, segun se dijo quando se trató de esta materia (1). Así es que en todo sucederá el llamado, sin estar obligado á dar parte alguna de su valor á la muger, hijos, herederos ni sucesores del que las hizo; por tanto, las mejoras hechas por el poseedor en algunas fincas de dicho mayorazgo, no se compensarán con los deterioros causados en otras, porque lo voluntario no se compensa con lo preciso y obligatorio.

2. Si las mejoras se han hecho en bienes libres, deben repartirse en los términos que indican las leyes 3.ª y 9.ª tít. 4.º, lib. 3.º del Fuero Real. Dice la ley 3.ª „Quando el marido y la muger ponen viña en tierra que sea de cualquiera de ellos, é muriese el uno de ellos, cuya fuere la tierra tome el terrazgo, segun ponen otros viñas en aquel lugar; y el vino pártalo con los fijos del muerto, ó con sus herederos si fijos no hubiere: y esto mesmo sea de otras labores cualesquier que si fueren en el solar de uno de ellos.” La 9.ª ordena, que „si el marido ó la muger facen casa en tierra que sea del marido ó de la muger, é muriese el uno de ellos cuya fuere la raiz, de la mitad de la apreciadura á quien heredase su buena (sus bienes) quanto asmaren que cuesta la fechora, é finque cuya fuere la raiz con las cosas; é si cuya fuere la raiz muriese ante, otro si los que hereden su buena, dén la mitad de su apreciadura, así como dicho es.

E otro si mandamos que esto mesmo sea de los molinos á de los fornos.”

3. Segun el espíritu de estas leyes, aunque concebidas en estilo diferente, parece indudable que el dueño del solar ó terreno debe llevárselo, pagando á los herederos del otro consorte la mitad del costo de las mejoras, ya consistan éstas en edificios, ya en viñas, olivares, huerta ú otras cosas hechas en el solar de uno de los cónyuges, porque el cónyuge su dueño carece de título para pretender parte del fundo; y así el dueño cumple con darle lo que en la mitad de mejoras se invirtió; pues á no haberse invertido existiría en dinero ó en otra especie. Además, la ley 3.ª dispone que el dueño de la tierra tome el terrazgo y parta el vino con los herederos del muerto, es decir, que lleve la heredad como que es suya y la mitad de las cepas y que satisfaga al cónyuge la otra mitad de éstas; pues á no ser éste su espíritu mandaria que los dos partiesen la tierra proporcionalmente con las cepas ó vino, y no que el dueño tomase el terrazgo, y partiese el vino con los herederos del muerto. Por otra parte, aun quando la ley mandase espresamente lo contrario, era preciso probar que estaba en uso, y entonces solo en el pueblo donde lo estuviere debería observarse; porque como se ha dicho ya otras veces, segun la 1.ª de Toro no tienen vigor de tales las del Fuero, sino en donde y en lo que son usadas y guardadas; por manera que no queda duda en que se debe practicar la division en los términos propuestos, excepto que haya costumbre contraria, ó no pueda hacerse de otro modo.

4. Si el marido hubiere hecho gastos necesarios en las fincas dotales no estima-

(1) Ley 6, tít. 17, lib. 10, N. R., la cual solo habla de las mejoras y gastos hechos en edificios; pero los intérpretes pretenden hacerla extensiva á todos los demás bienes.

das, y la dote consistiere en especie y cantidad juntamente, se disminuirá aquella en la cantidad de los gastos siempre que no hubiere gananciales. Si consistiere solamente en especie, no se disminuirá; pero el marido podrá retener por vía de prenda la finca en que los hubiere hecho hasta que se los satisfaga su heredero; porque una vez que no hay gananciales, se presume haber hecho los referidos gastos de su capital, y debe ser reintegrado por su muger en cuyo beneficio se invirtieron.

5. Si los gastos fueren útiles, y se hubieren hecho con consentimiento de la muger, podrá repetirlos de ella el marido por la acción de mandato ó como voluntario procurador; pero si hubieren sido voluntarios no tendrá derecho á su repetición, y si únicamente á que la muger separe ó quite de su finca dicha mejora, con tal que de quitarla no se siga á aquella detrimento alguno, ni en nada decaiga del estado que tenia cuando la llevó; porque de lo contrario no se le podría obligar á ello, y los perderá el marido compensándolos con los frutos percibidos (1). Tampoco tiene acción á repetir los gastos hechos en la recolección de frutos ó en su conservación, á menos que restituya los mismos frutos.

6. Si después de cubrir la dote y capital del marido resultasen como gananciales los gastos necesarios y útiles hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos consortes, percibiendo aquel su parte en la forma espuesta; y aunque á primera vista parece que éste debería compensar su importe con sus frutos, no sucederá así, porque éstos le están concedidos para soportar las cargas matrimoniales. Por esta razón solo está obligado

á hacer de ellos los reparos menores que conduzcan á la conservación de la finca, mas no los mayores que por caso fortuito ocurran; pues éstos como se hacen por la perpétua utilidad y subsistencia de la finca son de cuenta de la muger, en quien permanece el dominio de ella y el incremento ó decremento eventual es de su cuenta. De lo dicho se infiere que si el marido restituyese toda la dote sin deducir las expensas referidas hechas en los predios dotales, puede repetirlas como pagadas indebidamente y con error.

7. Para la división de dichas mejoras útiles procederá el partidario del modo siguiente. Supongamos que la finca dotal cuyo valor primitivo era de veinte mil pesos, recibió una mejora de diez mil, y que además hay de gananciales otros diez mil. En tal caso se aplicará á la muger su finca valuada en treinta mil, los veinte mil por su valor primitivo, y los diez mil por la mejora, adjudicando al marido los diez mil restantes de gananciales. Si aun hubiere mas de éstos se repartirán por mitad, adjudicando á la muger su parte en otros bienes; pero si al contrario solo resultare como ganancial la mejora de la finca, se aplicará á la muger una y otra, y el marido ó su heredero recibirá la mitad que le corresponde de dicha mejora en otros bienes propios de la muger, ó en dinero que ésta le entregue.

8. Si las mejoras fueren necesarias, se han de distinguir si hay ó no mas gananciales y qué es lo que importan. En el primer caso para poder hacer pago al marido de su mitad, se pondrá su total por caudal como si real y efectivamente existiera, y luego se hace la misma aplicación que cuando son útiles, y al marido se adjudican los demás bienes. En el segundo caso se aplicará su mitad á la muger

(1) Ley final, tit. 11, p. 4.

en el valor de la finca, y al marido la otra mitad en otra cosa dotal. Por ejemplo: importan las mejoras diez mil pesos, y la finca dotal vale veinte mil; se adjudica ésta á la muger por treinta mil; los veinte mil que valia, los cinco mil por su mitad de gananciales, y los otros cinco mil por la mitad que toca á su marido, y ella deja de percibir en otra cosa dotal lo perteneciente al marido. Mas si no hubiere finca dotal con que resarcirle, deberá la muger satisfacerle en dinero su mitad; y en caso de no hacerlo, podrán retener aquel ó sus herederos la finca dotal mejorada hasta que con sus frutos se hagan pago de lo que les toca; pues á no haber espendido su dinero en repararla, lo tendrían en especie ó en otras cosas, y la muger hubiera perdido dicha finca.

9. Para calificar si son mayores ó menores los gastos ó reparos hechos en las fincas dotales, se deberá atender al fin con que se ejecutaron, y á la cantidad que en cada uno espendió el marido, y no á lo que importan los hechos en repetidas ocasiones. Así pues, si en una finca dotal hubiere ocasionado muchos gastos en distintos años, ó en uno diversos en varias fincas, que juntos componen una suma considerable, se deberán reputar por menores todos y compensarse con los frutos, á pesar de la crecida suma á que unidos ascienden. La razon es porque cada reparo de por sí es de corta cantidad, y hecho únicamente para conservacion, uso y produccion de la finca, y no para su perpétua duracion y subsistencia, de consiguiente, no obsta que sumados importen mucho; porque tambien en compensacion percibió los frutos de las fincas dotales, con los cuales debe hacer estos reparos, y puede decirse que nada espendió de su privativo caudal, ni del adquirido por otro medio.

10. Si hubiese mejorado el marido los bienes dotales, y mandado en su testamento que sus herederos *entreguen á la muger libremente lo que llevó al matrimonio* sin mas espresion, dúdase si en virtud de esta cláusula deberán entregárselos á la muger con los frutos, ó si éstos y las mejoras y cargas se deberán inventariar y dividirse como gananciales. A primera vista parece que sin embargo de la palabra *libremente*, se han de considerar como gananciales adquiridos durante el matrimonio y dividir entre ambos cónyuges, respecto de no haber hecho mencion de las mejoras, cargas y frutos, mayormente sabiendo que éstos estaban pendientes, y aquellos se habian hecho y reducido, y que todo es comunicable á entrambos, pues si hubiese querido beneficiar á su muger, lo hubiera espresado.

11. Mas no obstante debe decirse lo contrario, con la distincion de que si los herederos no son forzosos habrán de entregarla los bienes dotales con los frutos pendientes, sin descuento alguno de mejoras ni cargas, porque se presume que el marido la hizo donacion y legado de todo, como indica la palabra *libremente*; pero si los herederos fueren forzosos, solo tendrá lugar dicho legado en cuanto no perjudique á la legítima de éstos; descontando por consiguiente el exceso. Sin embargo, si el marido dijese solo que se la devuelva la dote, podrán los herederos de cualquier clase que sean, descontarla el importe de las mejoras, pues en tal caso no hay lugar á la presuncion de que fué su ánimo donárselas ó legárselas.

12. Así como el marido puede repetir los gastos útiles y necesarios hechos en las fincas dotales de su muger, y retener éstas hasta que se reintegre de aquellos ¿podrá practicar lo propio con los que haga en sus enfermedades y funeral? Pa-

ra resolver esta cuestion debe tenerse presente que el marido tiene obligacion de asistir y curar á su muger las enfermedades que padezca, sea pequeña ó grande y la dote que le llevó, sufriendo esta carga como una de las matrimoniales; además de que bajo el nombre de alimentos que el marido debe dar á su muger, no solo se comprenden el vestido, la comida y habitacion, sino tambien las medicinas y todo lo que es necesario para vivir. Por esta razon no podrá repetir de su suegro los gastos que hizo en la enfermedad de su muger, ni retener el todo ó parte de la dote por via de compensacion de ellos.

13. En cuanto á los gastos funerarios debe advertirse que si la muger es pobre y su marido rico, debe por su honor enterrarla conforme á su calidad; pero teniendo dote no está obligado á ello y puede exigir dichos gastos al padre ó persona á quien la ha de restituir; porque disuelto el matrimonio cesan todas las obligaciones de la sociedad conyugal.

CAPÍTULO V.

DE LA DIVISION DE LOS FRUTOS PROCEDENTES DE LOS BIENES DE MARIDO Y MUGER, DISUELTO QUE SEA EL MATRIMONIO.

1. Los frutos de los bienes del marido y de la muger pertenecen por mitad á ambos cónyuges no solo cuando muere uno de ellos, sino tambien cuando al tiempo de su fallecimiento estaban manifestos y pendientes.
 2. ¿Qué distincion deberá hacerse cuando no están manifestos ni pendientes?
 3. Estando la heredad barbechada cumple su dueño con pagar al otro cónyuge la mitad de los barbechos, y demás gastos hechos hasta entonces.
 4. ¿Qué deberá hacerse si los frutos fueren de rebañios de cualquiera de los cónyuges?
 - 5, 6 y 7. ¿Cómo deberá hacerse la division de los frutos pendientes de una finca que la muger hubiere llevado al matrimonio, muriendo ésta antes de recogerse aquellos?
 8. En cuanto á las dos terceras partes de los frutos de los ocho meses restantes del año, el marido no percibirá nada, ni aun en el concepto de legatario del tercio de los bienes de su muger.
 9. Para la deduccion de la tercera parte legada, se han de valuar no solo los bienes muebles y raices que la muger dejó, sino tambien el aumento que éstos recibieron con los frutos.
 10. Si el marido antes de contraer matrimonio hubiere percibido frutos del prédio de la esposa serán éstos un aumento de dote.
 11. Llevando el marido al matrimonio algun fundo con frutos sazonados, aumentan éstos su capital.
 12. Lo mismo se observará si el dueño del fundo falleciere acabada de hacer la recoleccion.
 13. Si los frutos estuvieren solamente manifestos en el fundo que heredó el marido ó la muger, el dueño de él llevará el valor que tenia cuando lo heredó.
 14. ¿Qué deberá practicarse cuando la heredad del marido ó la muger estuviese arrendada, y al tiempo del fallecimiento de su dueño hubiere frutos pendientes?
 - 15 al 18. ¿Cómo deberá hacerse la division cuando los frutos pendientes que se han de partir son bienes vinculados ó de mayorazgo?
 19. No adquiere el marido el tesoro que encuentre en el fundo dotal.
 20. ¿Qué deberá tenerse presente en orden á las canteras ó praderas del espresado fundo dotal?
1. La comunicacion entre marido y muger de los frutos de los bienes de ambos, no solo tiene lugar con respecto á los cogidos ó percibidos antes de la muer-

te de alguno de los cónyuges, sino también procederá cuando al tiempo de su fallecimiento se hayan manifestado y estén pendientes en los bienes comunes ó en los libres propios del uno, aunque sean dotales, si el fundo es viña, huerta con árboles, olivar, monte ú otra finca que produce naturalmente sin cultivo ni industria. Así lo dispone una ley del Fuero Real que está en uso (1), y dice al principio: „Porque acaese muchas veces que ante que los frutos son cogidos de las heredades, ó muere el marido, ó muere la muger; establecemos que si los frutos parecen en la heredad á la sazón de la muerte, que se partan por medio entre el vivo é los herederos del muerto.”

2. Mas si no existieren frutos pendientes en dicho tiempo y la muger no renunciase los gananciales, debe tenerse presente que siendo de plantas que no se siembran, como árboles, viñas, olivares y otros semejantes, pertenecen privativamente al dueño de la tierra en que se hallen, segun lo ordena dicha ley del Fuero. „E si no aparecen, haya los frutos cuya fuere la raíz, é de las misiones que fueren fechas en la labor al que la labró, y esto sea si la labor fuere viña ó árboles.” Y si estuviere sembrada se partirán por mitad los frutos que nazcan después, aunque no estén manifestos, como tambien lo dice la misma ley: „Cá si fuere tierra é fuere sembrada, maguer que no aparezca el fruto á la sazón de la muerte, pártase por medio cuando onde hubiere.” La razón de diferencia consiste en que en dichas plantas obra mas la naturaleza que el trabajo é industria del hombre; y como el cónyuge no lo tuvo, ó fué leve, no adquirió derecho á ellos, y solo se le

abonará la mitad del importe de las labores ó gastos que hubiere hecho para la producción, como de caba, poda ú otros semejantes. Si dichos frutos fueren de tierra sembrada, en la cual son indispensables algunos gastos para que fructifique, se partirán por mitad aunque no estén á la vista; porque al tiempo de la muerte ya el cónyuge habia puesto su trabajo, empleado su caudal, y hecho cuanto pudo para la producción.

3. Si la heredad estuviere barbechada y no sembrada, se abonará al consorte sobreviviente la mitad de los gastos que haya hecho en la heredad, cuyo dueño hace suyos enteramente los frutos que luego siembre y nazcan en ella, segun lo manda la citada ley: „E si no fuere sembrado é fuere barbecho el que no ha nada en la heredad haya la mitad de las misiones (espensas) que fueren fechas en el barbecho.” Por consiguiente, el importe de los barbechos se pondrá por caudal, se aplicará su total al dueño del fundo en cuenta de su haber; y al otro se abonará alguna otra cosa en pago de la mitad que le corresponde en ellos.

4. Siendo los frutos crías de rebaños ó de cualesquiera otros animales productivos, se comunicarán como industriales á entre ambos cónyuges, aunque no estén nacidos, siempre que existan en el vientre de las madres; y por lo que hace á la lana del rebaño, si está crecida ó próxima á ser esquilada, se esperará el esquila, y rebajando los gastos que se hagan en ésto y en la manutención del ganado, se repartirá el residuo líquido entre los consortes. Mas si la lana no estuviere crecida de modo que por esta razón no pueda apreciarse, será del dueño del ganado, pues en este caso no puede considerarse como fruto pendiente.

5. Si la muger llevase en dote bienes

(1) Ley 10, tit. 4, lib. 3.

raices con frutos ya manifestados, y muriesen antes que se recojan, serán del marido, si se le entregaron apreciados los bienes con estimacion que causó venta, y los hace suyos por habérsele transferido el dominio de aquellos, y ser de su cuenta y riesgo el aumento ó deterioro que tengan. Pero si los hubiere recibido sin apreciar, y la muger no hubiere renunciado los gananciales, deberán repartirse los frutos entre el marido y los herederos de la muger en la siguiente forma: á estos últimos se ha de adjudicar sin descuento como parte de la finca dotal el valor que se considere tenían los frutos pendientes hasta el día de la boda; desde éste al fin de la recoleccion de dichos frutos, tiene el marido derecho á percibir la mitad de ellos con deduccion de los gastos que hubieren ocasionado.

6. Pero si la muger hubiese renunciado los gananciales, no han de repartirse por mitad dichos frutos, porque cesa la razon de sociedad y comunicacion de bienes, sino que se dividirán en tantas partes cuantos meses, semanas ó dias hubieren mediado desde la boda hasta la cosecha, y deduciendo los gastos de recoleccion y demás, percibirá el marido los que quepan en los meses ó dias que subsistió la sociedad conyugal, sea mas ó menos de la mitad; y el resto pertenecerá á los herederos de la muger. Este modo de hacer la division es el mas justificativo y conforme á nuestras leyes.

7. En consecuencia de lo espuesto, si la muger habiendo renunciado los gananciales y llevado al matrimonio bienes raices falleció sin dejar descendientes, v. g. á los cuatro meses de casada, y en su testamento instituyó por herederos á su padres, legando á su marido el tercio de sus bienes con arreglo á lo dispuesto en la ley 6 de Toro, y los frutos

de los dotales estaban á la vista, mas no maduros cuando murió; se dividirán á prorata del tiempo que duró su matrimonio; y así el marido comó tal llevará la parte correspondiente á los cuatro meses, y los hizo íntegramente suyos por no adquirir gananciales la muger.

8. En cuanto á las dos terceras partes de los ocho meses restantes, ni aun como legatario del tercio de los bienes de su muger llevará el de aquellas; porque en el legado del tercio, quinto, ó de otra cuota, no se comprenden los frutos desde la muerte del testador, sino desde el tiempo de la demora de los herederos, pues por ignorarse si se dará su cuota al legatario en dinero, ó si en bienes de la herencia, y cuáles serán éstos, no adquiere ningun dominio, que es el título para la adquisicion de frutos, como sucede en los legados específicos.

9. Mas para la deduccion de esta tercera parte legada, se han de considerar y valuar no solo los bienes muebles y raices que la muger dejó, sino tambien el aumento que éstos recibieron con los frutos en el estado que se hallen al tiempo de su muerte; y despues de bajado y separado lo que corresponde al marido como tal, por razon de frutos, atendido el tiempo de su matrimonio, se agregará el resto de éstos al valor de los bienes, y hecho un cuerpo se sacará el tercio legado para aplicársele del mismo modo que si todos fueran bienes muebles ó raices y no hubiese frutos.

10. No corresponden al marido los frutos del predio de la esposa que hubiere percibido antes de contraer matrimonio, aun cuando viviesen juntos, pues se entiende que aumentan su dote; pero si la hubiese mantenido y vestido mientras tardó en efectuarse la boda, por no tener edad competente para casarse ó por otro

motivo, ó se anularen los esponsales y no se efectuó el matrimonio; hará suyos los frutos percibidos en compensacion de los gastos hechos en mantenerla (1).

11. Si el marido llevare al matrimonio, ó durante éste hubiere heredado ó le hubieren donado alguna finca con frutos sazonados y próximos á su recoleccion, aumentarán éstos su capital; por lo que si falleciere la muger antes que se cojan, corresponderán enteramente á su marido. Lo propio sucederá á la muger si la finca es suya, por haberla llevado inestimada en dote, ó heredado durante el matrimonio con frutos en estado de cogerse, porque como están pendientes son una misma cosa con él, considerado su estado actual.

12. Si acabada de hacer la recoleccion falleciere el dueño de la finca, se observará lo mismo, sacando de su total valor la mitad de las espensas hechas en aquella por el otro cónyuge, por haberlas suplido de su caudal, y lo líquido se aplicará al dueño del fundo. La razon porque estos frutos no han de dividirse igualmente como los demás, es la de no haberse sembrado ni cultivado á costa de la sociedad conyugal, ni nacido ni crecido durante ella, que es el motivo de conceder la ley la mitad de ellos

13. Mas si los frutos estuvieren solamente manifestos en la finca, y falleciere cualquiera de los cónyuges despues de su recoleccion, de lo cual no habla la ley del Fuero; el dueño del fundo llevará el valor que se estime tenian cuando lo heredó ó llevó al matrimonio sin descuento, y el aumento que tuvieron hasta la cosecha, se dividirá por mitad; deducidas de aquel las espensas de cogerlos, por haberse ganado y acrecentado duran-

te la sociedad conyugal. Y si del fundo de la muger se hizo aprecio que causó venta, como que los frutos se estimaron con él, y se trasfirió el dominio de dote al marido, los hará suyos.

14. Si una finca, sea del marido ó de la muger, estuviere arrendada y beneficiada por el colono al fallecimiento de su dueño, se dividirá por mitad entre el consorte sobreviviente y los herederos del difunto la parte de pension ó renta anual correspondiente al tiempo que subsistió el matrimonio, y la otra parte posterior á ésta será para el dueño de la finca ó sus herederos. Supongamos que muere el marido en fin de Enero, y que la pension se paga anualmente en 15 de Agosto. toda la parte vencida desde mediados de Agosto anterior hasta fines de Enero se divide por mitad como se ha dicho, y la que se devengue desde 1.º de Febrero hasta Agosto, pertenece al dueño de la finca ó sus herederos; porque disuelta la sociedad conyugal, ningun derecho tiene el otro consorte, en razon de que no hizo gasto alguno, ni puso industria ni trabajo de su parte. Si el arrendamiento fuere de viñas, olivares ú otras cosas semejantes, se girará la cuenta desde la última cosecha hasta el dia del fallecimiento del cónyuge.

15. Siendo de bienes de mayorazgo los frutos pendientes que han de reparirse, se procederá en la division del modo siguiente: Si hallándose casados recayere en cualquiera de ellos un mayorazgo, y estuvieren los frutos en disposicion de cogerse, le pertenecerán esclusivamente los que le toque en la particion con los herederos del último poseedor del difunto, sin que tenga derecho á parte alguna el otro consorte, por cuanto los frutos estaban ya adelantados, y no puso dinero, trabajo ni industria para produ-

(1) Ley 28, tit. 11, p. 4.

cirlos ó aumentarlos. Mas si no estuvieren en tal disposicion, llevará la mitad de lo que corresponda al otro consorte, por el incremento que hayan tenido, pues el valor que tenían hasta el dia inclusive en que falleció el último poseedor, pertenece á sus herederos, y el aumento desde allí en adelante al sucesor ó á su testamentaria, si muere antes que se dividan, deduciéndose y pagándose proporcionalmente así por éste y su muger como por la testamentaria del último poseedor, los gastos hechos en labores, siembra, recoleccion y demás, aplicando su importe á quien lo hubiere desembolsado.

16. Si fuere poseedor de mayorazgo el marido y muriese dejando frutos pendientes y manifiestos en los bienes vinculados, tocará á su viuda la mitad de lo que resulte líquido de ellos, correspondiente al tiempo que vivió su marido, esto es, mientras tuvo el dominio y posesion de las fincas; pues lo demás hasta su recoleccion pertenece al sucesor, que aunque sea hijo único del poseedor, se reputa en este caso como extraño, porque no adquiere el mayorazgo por derecho hereditario, como los bienes libres.

17. Si la muger fuere la muerta, corresponderá á sus herederos que la representan la mitad de dichos frutos pendientes ó manifiestos del mayorazgo del marido, como producto originado durante la sociedad y á costa de ambos; pero si la finca solo estuviese barbechada ó cultivada al tiempo de disolverse el matrimonio, percibirán los herederos de la muger la mitad de los gastos hechos en las labores, y no mas. Lo mismo se observará respecto del marido si el mayorazgo fuere de la muger; pues en cuanto á ganancias y frutos es una misma la regla para los dos.

18. Si los bienes fructíferos del mayorazgo estuvieren arrendados, se dividirán los réditos y pensiones á prorrata del tiempo que vivió el difunto, muera primero ó despues su poseedor; y los herederos de aquel no llevarán mas que la mitad de las devengadas en su vida, porque no puso trabajo ni hizo gasto en sus labores ni siembra, como en los casos anteriores. Lo propio procede por la misma razon con respecto á los alquileres de casas, réditos de censos ú otros derechos semejantes. En cuanto á las rentas de bienes fructíferos se ha de contar el año natural de cosecha á cosecha, y por lo respectivo á las de censos, juro, casas y demás efectos y consignaciones, se ha de atender al plazo en que se cumple el contrato para su satisfaccion.

19. No adquiere el marido el tesoro que encuentre en el fundo dotal, ya por que no es parte de éste, y ya porque segun la ley 3, tít. 22, lib. 10 de la Novísima Recopilacion que deroga la 45, tít. 28, Partida 3, los tesoros pertenecen al rey, y únicamente deberá darse en premio la cuarta parte al descubridor. Mas para esto es indispensable que se ignore á quién corresponde el tesoro como ya se dijo en su lugar; pues si por algun papel ó instrumento puesto con él se acredita quien le escondió, será de sus herederos, á quienes no se podrá oponer la excepcion de prescripcion, porque la cosa clama siempre por su dueño en cualquier parte que esté; y no habiéndolos pertenecerán al Estado como bienes vacantes.

20. Por lo tocante á las canteras y pedreras del fundo dotal, se tendrá presente que si no estuvieren abiertas al tiempo del casamiento, y fueren de tal naturaleza que se reproduzcan y aumenten, como las hay en algunas partes, cor-

responderá al marido el producto de las piedras que corte y estraiga de aquellas, porque son frutos, aun cuando el fundo sea estéril y no produzca ninguna otra cosa. Lo mismo sucederá aunque las piedras no reciban acrecentamiento, ni se reproduzcan, si por su estraccion se hace el fundo mas útil y fructífero que lo era antes, de modo que se puede cultivar y destinar á otra cosa mejor. Si no se verificase así, pertenecerá á la muger el producto líquido de las piedras que se estraigan, aumentará su dote y no le adquirirá el marido, mediante á que no reputándose fruto, por no reproducirse ni poderse compensar con otra utilidad del fundo, no se le puede conceder para que sostenga las cargas de su matrimonio. Pero si cuando éste se contrajo estuviere abierta la cantera ó vena, corresponderá al marido, porque se supone habersele dado en dote de su muger con este ánimo, á no ser que constase espresamente lo contrario de su voluntad; pues cuando alguna cosa que está destinada á cierto uso, se da para que se disfrute, se entiende que se da para que de ella se haga el uso que siempre tuvo. Lo mismo debe entenderse en los minerales y otras cosas que no renacen.

CAPITULO VI.

¿SI LOS HEREDEROS DEL MARIDO TIENEN OBLIGACION DE DAR ALIMENTOS Á LA VIUDA MIENTRAS SE HACE LA PARTICION?

1. Razon del método.
2. Cuando la viuda queda embarazada, se le deben dar alimentos á costa de los bienes propios del marido.
3. Esto tendrá lugar aun en el caso de no haber gananciales.
4. Precauciones que ha establecido la ley para evitar fraudes en este punto.
5. No habiendo quedado embarazada, pero sí con hijos en su casa, se ha de deducir del cuerpo del caudal lo gastado por todos en sus alimentos.
- 6, 7 y 8. ¿Si habiendo llevado la muger dote, se le debe dar alimentos mientras se la entrega?
9. Pasado el año fijado por la ley para restituir la dote, no están obligados los herederos del marido á dar alimentos á la viuda de éste.
10. Aunque la muger haya llevado dote, si los frutos de ésta no alcanzan para alimentarla, únicamente deberán darle alimentos hasta el importe de sus frutos y no mas.
11. ¿Si la viuda tendrá accion para pedir á los herederos de su marido el anticipo de los alimentos á cuenta del haber que la corresponde por su mitad de gananciales?
12. Si estando ausentes los herederos del marido su viuda vende algunos efectos, y luego pretenden éstos que reciba su valor en pago de su dote, ¿puede ella resistirse solicitando que sea en cuenta de alimentos?

1. Antes de concluir este título, que tiene por objeto la division de gananciales, réstanos tratar en el presente capítulo de los casos en que la viuda tiene derecho á ser alimentada por los herederos de su marido, y esponer en el siguiente algunas advertencias que deberá tener presentes el partidor para la adjudicacion del lecho cotidiano, con lo cual queda ya completa toda la materia relativa á la division de bienes entre la viuda y los herederos del difunto.

2. Hay divergencia de opiniones acerca de si los herederos del marido tienen

obligacion de dar alimentos á la viuda mientras dure la particion de la herencia; mas para conciliar unos y otros pareceres, y aclarar este punto, debe advertirse que si quedare embarazada aun cuando sea rica, es indisputable que se la deben los alimentos correspondientes á su clase, y con proporcion á los haberes del difunto; porque se supone que se dan dichos alimentos al hijo póstumo, á quien deben alimentar los padres, ya tenga ella ó no bienes de que vivir, hubiese ó no llevado dote, se le debe contribuir con ellos de los bienes propios del difunto.

3. Lo mismo procederá haya ó no ganancias, porque aunque la madre tiene igual obligacion que el padre de alimentar á sus hijos, especialmente en el tiempo de la lactancia, esto debe entenderse en el caso de ser aquel pobre (1); por cuya razon si se sacasen dichos alimentos del cuerpo del caudal comun, habiendo ganancias, se le perjudicaria en la mitad, que no debe pagar. La madre del póstumo extraño instituido heredero no tiene derecho á alimentos como la del legítimo, á no ser que carezca de medios de subsistencia, ó que el testador mande que se le contribuya con ellos, y que se le dé la posesion de los bienes ó herencia que deja á su hijo.

4. Mas para evitar los fraudes que suele haber en semejantes ocasiones, fingiéndose embarazadas las mugeres, deberán tenerse presentes las precauciones que indicamos en el capítulo 3.º, tít. 4.º del lib. 2.º Mas sin embargo de lo que allí dijimos, no estará demás insertar aquí la disposicion de las Partidas (2) como lo hace Febrero. Dice dicha ley: „Mugeres y há algunas que despues

que sus maridos son muertos, dicen que son preñadas de ellos: é porque en los grandes heredamientos que fincan [*quedan*] despues de su muerte de los omes ricos, podria acaecer que se trabajarian [*intentarian*] las mugeres desfacer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diciendo que eran suyos; por ende [*por tanto*] mostraron los sabios antiguos manera cierta porque se puedan los omes guardar de esto. E dijeron que cuando la muger dijese que fincaba preñada de su marido, que lo debe facer saber á los parientes mas propincuos de él, diciéndoles de cómo era preñada de su marido. E esto debe facer dos veces en cada mes, desde el tiempo que su marido fuese muerto, fasta que ellos envien catar [*ver ó examinar*] si está preñada ó non. E si por aventura los parientes dudaren de esto, deben enviar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten [*registren*] el vientre de manera que no la tangan [*toquen*] contra su voluntad; é de sí, pueden enviar quien la guarde, si quisieren. E la guarda de ésta debe ser de guisa [*manera*]; Ca el juez de aquel lugar, dó esto acaesciere, si parientes del muerto lo demandaren, deba catar [*buscar*] casa de alguna buena dueña (señora ó muger principal casada) é honesta, en que more esta muger fasta que para. E ella morando en casa de esta buena dueña, quando armare [*creyese*] que debe parir, débelo facer saber á los parientes del finado, treinta dias antes que acaezca, porque ellos envien otra vez algunas buenas mugeres é honestas que le caten el vientre. E en aquella do oviere á parir, non debe haber mas de una entrada, é si mas tuviere débenlas cerrar; é á la puerta de aquella casa dó está la muger que dicen que está preñada, pueden poner los parientes del finado tres omes é tres mu-

(1) Ley 17, tít. 6, p. 6.

(2) Dicha ley 17.

geres libres, é hayan ellos dos compañe- guardasen así como sobre dicho es, ó en
ros é ellas dos compañeras, que la guar- otra manera que fuese guisada [*razona-*
den. E cada oviere esta muger á salir de ble], é usada en el lugar do vive, maguer
aquella casa á otra que sea dentro de a- [*aunque*] pariese ó viviese el fijo, non
quella morada, para entrar en baño ó pa- le entregarían los bienes del muerto, á
ra otra cosa cualquier que sea menester menos de ser probado que la criatura na-
deben catar (*mirar*) aquellas que la guar- ciera de ella, en tiempo que pudiera ser
dan, toda la casa, do quier que entrare ó fijo ó fija de su marido.” Pero es de ad-
el lugar do se quisiere bañar, de guisa vertir que todas las precauciones de esta
que non sea dentro otra muger que fuere ley no están en uso; y así se estará á la
preñada, ó de algun niño ascondido, ó costumbre que haya en el pueblo, como
otra cosa alguna, en que pudiesen reci- ella misma lo insinúa.

5. No habiendo quedado en cinta la viuda, pero sí con hijos en su casa y poder, sean mayores ó menores de edad, y viviendo todos juntos del caudal comun sin llevar cuenta de los gastos, se incluirán en éstos sus alimentos; pero no quedando embarazada ni con hijos en su compañía, se observará lo siguiente: Si no hubiese llevado dote ni hubiese gananciales, no tendrán los herederos obligación de alimentarla, pues ni hay sociedad tácita, ni es acreedora á los alimentos, por dote retardada; y aun cuando haya gananciales, no se le deberán dar alimentos, y los gastos que haga en éstos, se le descontarán de la parte que la corresponda en aquellos, pues no estando embarazada se ha de mantener de lo suyo; bien que si en la buena fé ó en la ciencia de estar en cinta hubieren hecho algunos en alimentarse, no se le han de exigir; porque siempre que entre el que da los alimentos y el alimentario media alguna conexión por razon de parentesco, amistad ó cariño, no ha lugar á la repeticion de los alimentos dados. Lo propio se ha de decir de los hechos dentro de los nueve dias siguientes al fallecimiento del marido, quede ó no preñada, por ser costumbre inconcusa contribuir la con ellos.

6. En cuanto á si habiendo traído dote,

se la deben dar alimentos mientras se la entrega, ha de suponerse como incontrovertible que los herederos del marido tienen obligacion segun derecho (1), de volver incontinenti la dote que consiste en bienes raices, porque no corresponden sus frutos sino á ella, ó á los suyos; y dentro del año siguiente al del fallecimiento la que consista en muebles, semovientes y dinero; bien que si el marido es pobre, solo está obligado á restituirla como buenamente pueda, quedándole los competentes alimentos, en cuyos términos se ha de constituir la obligacion de devolverla. Pero si en el contrato dotal se hubiese designado término para su restitution, deberá estarse á lo pactado.

7. Supuesto lo dicho se deben á la viuda los alimentos de los bienes propios del marido durante el tiempo legal ó convencional prefijado para la restitution de la dote, si los herederos no se la entregaren, consista aquella en bienes raices, ó en muebles, semovientes ó dinero, ya por estar anexo á ella el gravámen de los alimentos, ya por el lucro que con los bienes dotalés pueden percibir los herederos por estar utilizando los mismos que saben no son suyos, ni les tocan por título alguno como al marido; en cuya atencion deben restituirla á la muger con todos los frutos. Debe observarse además que los alimentos no se deben á los herederos de aquella, por ser éste un privilegio meramente personal; y por consiguiente si la muger fuere la fallecida, no tienen derecho á pedirlos. Por último, disuelto el matrimonio, conserva la dote los privilegios que durante él tenia, hasta que se restituya; y como el marido estaba obligado á alimentar á la muger mientras vivió, lo están tambien sus he-

rederos que le representan mientras no hagan la restitution. Esto procede, aunque se la constituya depositaria de todos los bienes de la herencia, mientras se evacua la particion; pues sin embargo de que tiene en su poder su dote y todo cuanto le puede corresponder, no lo tiene libremente como suyo, sino con obligacion de responder de ello, y así no hay tradicion con libre dominio, cual se requiere para que se entienda restituida y entregada su dote.

8. Mas lo dicho solo tiene lugar cuando la muger no tiene otros bienes con que alimentarse, pues de lo contrario cesará la obligacion de darla alimentos; porque cuando la ley manda suministrarlos debe entenderse si no tiene bienes, oficio ú otra cosa con que poder vivir sin desdoro suyo, segun se infiere de las palabras de la ley (1). Tampoco la tendrán los herederos cuando desde luego la entreguen la dote sin gozar del beneficio de la dilacion de un año, que concede la ley para la entrega de los bienes muebles, porque entonces cesa la causa de la contribucion alimentaria; pero no basta su oferta verbal, sino que ha de ser real y efectiva la entrega. Tambien cesará la obligacion de alimentarla, si hubiese pasado el tiempo en que la viuda debió percibir los alimentos de los herederos de su marido; y no puede exigirlos á menos que habiéndolos pedido, y tardado aquellos en dárselos, haya tenido que pedir prestado para alimentarse durante esta demora. Así mismo cesará esta obligacion, si la muger hubiese querido compensar sus alimentos con los frutos de sus bienes dotalés, sean muebles, semovientes ó inmuebles, percibidos por los herederos; en cuyo caso si los frutos ex-

(1) Ley 31, tit. 11, part. 4.

(1) Ley 6, tit. 19, p. 4, y su glosa 5.

ceden á aquellos, deberán darle el exceso; y por el contrario si éstos importan mas deberán dárselos, y quedarse con los frutos, sin que haya lugar á ninguna repeticion por el exceso. Tampoco habrá obligacion de dar alimentos citando comunican á la viuda los gananciales durante la proindivision del caudal hereditario; porque la ley no se los concede, y cederia en detrimento notable de los herederos, en cuya atencion debe contentarse con la mitad de utilidades, y no pedir alimentos algunos, á no ser en el caso de quedar en cinta.

9. Transcurrido el año fijado para restituir la dote, no están obligados los herederos del marido á dar alimentos á su viuda, porque si no ha hecho uso de la facultad que tiene para compelerlos judicialmente á su devolucion, debe culparse á sí misma de su morosidad; mas si habiéndosela exigido tardasen los herederos en entregársela, puede pretender los intereses de la dote retardada por culpa de ellos.

10. Si los frutos de la dote no fuesen suficientes para alimentar á la viuda, únicamente deben darle alimento los herederos de su marido hasta el importe de sus frutos, y no mas; pues aunque si viviera el marido la alimentaria enteramente, esta obligacion es meramente personal, que no comprende á sus herederos, sino en cuanto alcanzan los frutos de los bienes que la retienen, á no ser que hubiese quedado en cinta.

11. Aunque segun queda dicho no deben los herederos contribuir á la viuda con alimentos durante la proindivision del caudal hereditario, en el caso de

que hubiere gananciales y no haya llevado dote, tendrá sin embargo accion para pedir le anticipen lo necesario para mantenerse, mientras se efectúa la particion, á cuenta del haber que como dueña de la mitad de gananciales le corresponde; y si lo rehusan deberá el juez compelerlos á ello, por la regla de derecho de que uno está obligado á hacer aun contra su voluntad lo que no le daña, y á otro aprovecha, mayormente tratándose de alimentos.

12. Si estando ausentes los herederos del marido, no solo se apodera de la viuda de sus bienes, sino que vendiese sin poder de aquellos algunos bienes muebles ó semovientes, como si fuese dueña, cobrase tambien las dendas que tenia á su favor, y luego los herederos aprobando virtualmente la venta y cobranza le hiciesen cargo de todo lo percibido y vendido, pretendiendo que lo reciba en parte del pago de su dote; puede la viuda resistirlo, y solicitar que sea en cuenta de los alimentos que le competen, mientras aquella no se entrega, y por consiguiente deberá compensar el precio recibido de todo lo que vendió y cobró con el importe de aquellos, y admitir el sobrante en parte de pago de su dote, puesto que los herederos aprueban tácitamente la venta y cobranza. Mas se le deberá cargar por los bienes vendidos el precio que á la sazón tengan, y no el que tenían cuando los vendió, aunque fuese muy poco, pues á no haberlos vendido, lo darian por ellos; debiendo sufrir el perjuicio y menoscabo que haya lugar por haberse excedido en venderlos sin poder ni licencia de los herederos.

CAPÍTULO VII.

¿QUE DEBERÁ TENER PRESENTE EL PARTIDOR PARA LA ADJUDICACION DEL LECHO COTIDIANO?

1. El lecho cotidiano corresponde al consorte que sobrevive.
2. ¿Qué se entiende por lecho cotidiano?
3. ¿De dónde se ha de deducir el lecho que la ley concede al viudo ó á la viuda?
4. Opinion de varios autores, y razones en que la fundan.
5. ¿Si la viuda tendrá derecho al lecho cotidiano habiendo deudas y no gananciales?
6. ¿Qué deberá tenerse presente cuando el lecho se adquirió durante el matrimonio?
7. ¿Si en cualquier tiempo que el viudo ó la viuda se case, deberá restituir el lecho á los herederos del cónyuge difunto, ó podrá gozar de su usufructo mientras viva?
8. Opinion de algunos autores que sostienen que los viudos pueden usar el lecho cotidiano, aunque se casen en el año de viudedad.
- 9 y 10. Errores en que incurren algunos partidores al adjudicar el lecho cotidiano.

1. Materia de corta entidad es la que se trata en el presente capítulo, pues versa únicamente sobre la adjudicacion del lecho matrimonial. Esta corresponde al consorte que sobreviva segun una ley del Fuero Real que dice (1). „Si el marido „ó la muger muriere, el lecho que habian „cotidiano, finque al vivo é si se casare, „tórnelo á particion con los herederos del „muerto.” Por tanto, aunque el marido hubiere legado á su viuda el quinto ó el tercio, se le debe abonar y entregar el lecho, porque se lo concede la ley y no el testador. Este abono debe hacerse cuando se forma el inventario; pues si se hubiese omitido, se presume haberse quedado con él el cónyuge sobreviviente.

2. Por lecho cotidiano se entiende la cama en que dormian los consortes, los colchones, cuatro sábanas, cuatro almohadas, colcha, manta y colgadura, si la usaban, sobre lo cual se tendrán presentes las facultades y calidad de las personas. Sin embargo, tanto para la adjudicacion del lecho, como de las prendas de que debe constar, se ha de atender principalmente á la costumbre del pueblo, que es la que rige

acerca del uso de las leyes del Fuero. Si el marido legase la cama á su muger, y hubiese varias de distintos precios, solo se entiende dejada la correspondiente á su estado de viuda; debiendo entenderse é interpretarse las palabras del testador, segun la condicion de la persona á quien se dirige su voluntad y disposicion.

3. Para la deduccion del importe del lecho cotidiano ha de tenerse presente, que si hubiere gananciales debe sacarse del conjunto de ellos, antes de repartirlos; porque era comun á los dos cónyuges, y ambos lo usaban; ó del cuerpo del caudal comun, excepto si no hubiere gananciales, y fuere costumbre en el pueblo de que aun en este caso se lleve el lecho el consorte sobreviviente. Si volviese éste á casarse, restituirá solo el importe de la mitad del lecho, cuando se dedujo de los gananciales, y el total si la deduccion se hizo de los bienes propios del difunto.

4. Fundados algunos autores en que esta es una donacion, sostienen que habiendo descendientes legítimos debe deducirse del quinto el importe del lecho cotidiano; mas esta opinion no es muy segura por las siguientes razones: 1.^a Por no mandarlo dicha ley ni otra algu-

(1) Ley, 6, tit. 6, par. 3.

na, ni distinguir de herederos legítimos ó extraños. 2.º Por no estar comprendido entre las deducciones que la 30 de Toro manda hacer de él. 3.º Porque es un derecho que la ley concede contra los bienes del difunto al otro cónyuge no habiendo gananciales, y un gravámen recíproco que por el hecho de casarse les impone, del cual no puede eximirse ninguno de ellos; y por tanto en donde haya costumbre de llevarlo, no podrá el cónyuge sobreviviente prohibir que así se verifique, porque ninguno puede hacer que las leyes no tengan fuerza. Estas, lejos de mandar que se devuelva al legatario del quinto, ordenan que el otro cónyuge lo lleve á particion con los herederos del difunto; de lo cual se infiere que ha de sacarse de la herencia y no del quinto; pues de lo contrario resulta que los herederos lucran con perjuicio del legatario de dicho quinto.

5. Ocurre ahora la siguiente dificultad. No habiendo gananciales, y si deudas contraídas durante el matrimonio ó antes por el marido, ¿tendrá la viuda derecho á la cama cotidiana con preferencia á los acreedores? Para resolver esta cuestion debe advertirse, que si la cama fuere la misma que llevó la muger al matrimonio, debe ser preferida á todos los demás de su marido; porque son bienes dotales suyos que no están sujetos á responsabilidad alguna, aunque al tiempo de casarse se hayan estimado, pues por el aprecio no perdieron la naturaleza ni privilegio de dotales. Pero si el lecho se hubiere costado de los bienes propios del marido, y los acreedores tuvieren hipoteca general ó especial en las prendas de que se compone, serán preferidos á la viuda; porque ésta pretende por causa lucrativa, y aquellos por causa onerosa, y la obligacion sigue á la hi-

poteca como inseparable de ella, hasta que se liberta.

6. Si el lecho se hubiere adquirido durante el matrimonio, esto es, si pertenezcieren á los bienes ganados en dicho tiempo, y las deudas se contrajeron por ambos cónyuges, tambien serán preferidos los acreedores á la muger, porque la obligacion comprende á ésta, y puede ser reconvenida en lo que le toque (1); pero si el marido hubiese contraído las deudas antes de casarse, sacará la muger la mitad del lecho con los gananciales, porque no está obligada á satisfacer las deudas de aquel, sino únicamente la mitad de las contraídas durante el matrimonio (2).

7. Dúdase tambien si en cualquier tiempo que el viudo ó viuda se case, deberá restituir el lecho á los herederos del cónyuge difunto, ó podrá gozar de su usufructo mientras viva. Creemos muy conforme la opinion de Febrero cuando dice que si se casare sea dentro ó después del año de su viudedad, deberá restituir á los herederos del difunto el lecho que hubo de él, si su deducion se hizo de sus propios bienes por no existir gananciales, ó la mitad se dedujo de éstos, segun dejamos dicho en el número 3. Esta restitucion deberá hacerse en el estado en que se halle al tiempo de contraer las segundas nupcias, sin abonar su deterioro porque ínterin no lo contrajo lo usufructó legítimamente, y el usufructuario de bienes que se deterioran con el uso, cumple con volverlos segun se hallan cuando espira el usufructo, y así debe constituir la fianza.

8. Mas otros autores afirman que los viudos pueden disfrutar el lecho matri-

(1) Ley 9, tit. 4, lib. 10, N. R.

(2) Leyes 10, tit. 20, lib. 3 del Fuero Real, y 207 del Estilo.

monial durante su vida, aunque contrai- gan matrimonio en el año de su viude- dad, y que tan solo quedan obligados á reservar para los herederos del difunto el todo ó su mitad segun de donde se haya deducido. Sin embargo, no parece muy segura esta opinion por las siguien- tes razones. 1.ª Por no comprenderse en ninguno de los casos que la ley 15 de Toro y otras de Partidas prescriben para la reservacion. 2.ª Porque dichas le- yes ordenan la reservacion de lo que hu- bo un cónyuge del otro por contrato lu- crativo, y la citada del Fuero tan lejos está de disponerlo así, que antes por el contrario manda expresa y absolutamen- te que el cónyuge que contraiga segun- das nupcias restituya el lecho, y no ha- ce distincion alguna de tiempos y here- deros. Todo lo cual tendrá presente el partidador en la adjudicacion y suposicion correspondiente para dejar ileso el dere- cho de los herederos, y para que el con- sorte sobreviviente no pueda alegar igno- rancia; debiendo advertir que si al tiem- po de hacer la particion hubiese contrai- do el segundo matrimonio, no se le debe abonar la cama matrimonial, pues tenien- do otra entonces, cesó la causa de su concesion.

9. Por conclusion me haré cargo del método que suelen adoptar algunos par- tidores en la adjudicacion del lecho co- tidiano. A veces suelen hacer un cóm- puto de lo que juzgan que vale atendien- do á la calidad y caudal de los consortes, y se lo adjudican en dinero ó en otros bienes; mas este es un grave error, por-

que el lecho debe inventariarse y valuar- se con separacion de las prendas de que consta, para adjudicar luego las mismas con distincion y claridad. El fundamen- to que hay en apoyo de esta opinion, es que la ley no concede tal facultad; antes bien manda que el viudo lleve el mismo lecho que tenia, y no su importe ni otras cosas por él. Además, cuando llega el caso de su restitucion para volverse á ca- sar, cumple con restituirlo en el estado en que se halle, como se ha dicho ante- riormente; mas si le entregasen su valor en dinero ó en otra especie, mal podrá conocerse cuanta cantidad menos ha de restituir, porque no es fácil tener presen- tes las cosas de que ha de hacerse la res- titucion, ni el deterioro que con el uso pudieran padecer.

10. Otros siguen un método diverso, pues entregan los bienes de que se com- pone el lecho, sin tasarlos ni inventariar- los. Este es otro error igual ó mayor que el anterior por las razones espuestas, y por el perjuicio que se puede causar á los acreedores del marido, si el lecho se aplica de sus bienes ó de los ganancia- les, y los que dejó no alcanzaran para reintegrarlos de sus créditos. Si el mari- do legare á su muger algun lecho fuera del que le corresponde por la ley, y tie- ne hijos, se practicará tambien lo que se ha dicho para que si se volviese á casar, lo restituya en el estado que se halle al tiempo de su fallecimiento, pues en este caso puede disfrutarle mientras viva por ser un legado voluntario.

TÍTULO 21.

De la particion de bienes entre los herederos legítimos.

CAPÍTULO I.

MODO DE PROCEDER A LA PARTICION DE BIENES DEL QUE MURIÓ CON TESTAMENTO, ENTRE SUS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS, CUANDO NO MEJORÓ A NINGUNO DE ÉSTOS.

1. No habiendo testamento ó aunque lo haya, si el difunto no dividió sus bienes se dividirán por iguales partes entre los herederos.
2. El juez debe cumplir en un todo la voluntad del testador, no perjudicando á los hijos en su legítima.
3. Si el testador no hace la division de sus bienes la hará entonces el juez.
4. El juez debe hacer la adjudicacion en una ó mas cosas íntegras á cada heredero, y no dejarlas proindiviso entre todos.
5. ¿En qué casos se hará la particion aun cuando el testador prohiba hacerla?
6. El padre puede revocar la particion que hizo entre sus hijos aun cuando les hubiese entregado los bienes divididos.
7. Casos en que tendrá lugar el derecho de acrecer en la legítima de los hijos.
8. Algunas dificultades que suelen ofrecerse sobre el quinto, que es la parte de que el padre puede disponer teniendo hijos ó descendientes legítimos.
9. Las donaciones pequeñas que hubiere hecho el padre en vida, no deben computarse en parte de dicho quinto.
10. Si el testador hubiese dejado dos quintos á personas estrañas, ¿cuál de ellos será válido?
11. Si el testador hubiere dejado un quinto á un descendiente legítimo, y otro á una persona estraña, ¿serán válidos los dos?
12. Si el testador lega dos veces el quinto á dos hijos, ¿se dividirá éste entre ambos?

1. Líquidos y separados los respectivos haberes de los consortes, y hechas del modo referido las correspondientes deducciones del caudal hereditario, se procede á su adjudicacion entre los herederos del difunto. Este puede hacer la institucion de tres modos: 1.º Sin expresar qué parte de herencia han de haber: 2.º Señalándola á todos; y 3.º Marcándola á unos, y á otros no, segun se dijo ya en el cap. 6, tít. 4, del lib. 2.º Pero si no hubiese testamento, ó si en él no hubiere prescripto el testador la regla y forma de hacer la division de sus bienes, los de-

ben partir entre sí los herederos instituidos en iguales partes, ya sean legítimos ó estraños, hereden por testamento ó abintestato.

2. Como el testador tiene facultades amplias para dividir su hacienda del modo y forma que tenga por conveniente entre sus herederos, ya sean legítimos, ya estraños (1), deberá el juez en caso necesario hacer cumplir su disposicion, con tal que en ella no se perjudique á los herederos legítimos. Tam-

(1) Ley 9, tít. 15, part. 6.

bien puede el padre hacer particion en vida, y señalar la legítima á sus hijos en una ó mas cosas determinadas, y se pasará por este señalamiento, á menos que en él se exceda de las facultades que la ley le concede en la distribucion del caudal paterno. Acerca de los bienes que los hijos deben traer á colacion y particion, se hablará en el título siguiente.

3. Si el testador no hiciere entre sus hijos division y señalamiento alguno de bienes, ni por sí ni por medio de otro, lo efectuará entonces el juez; pues aunque precisamente se debe pagar al hijo su legítima de toda la herencia paterna, y no de ciertos y determinados bienes, y aunque indistintamente tiene derecho en todas y en cada cosa del caudal hereditario, no puede sin embargo pedir parte determinada por su legítima, ni hacer eleccion entre los bienes de la herencia; porque ninguna ley le concede esta facultad, y por consiguiente debe dejarse al arbitrio del juez su aplicacion y pago.

4. El juez debe hacer la adjudicacion en una ó mas cosas íntegras á cada heredero, y á la viuda ó viudo si puede ser, y no dejarlas proindiviso, á fin de evitar que de su comunion se origine discordia entre ellos, adjudicando proporcionalmente á cada uno segun su haber de bueno, mediano y malo en toda especie de bienes y deudas cobrables, incobrables y dudosas, ya los herederos sean legítimos ó estraños, para que ninguno salga perjudicado. Con este objeto deberá tener presente lo que se dijo, cuando se trató de las facultades de los contadores, pues éstos en su caso hacen el oficio de juez.

5. Del mismo modo que el testador puede dividir su hacienda entre sus herederos, puede tambien impedir ó prohibir á éstos que la dividian, en cuyo

caso si alguno de ellos solicitase hacer la particion, y otro se opusiese manifestando al juez el mandato del testador, debe admitirse la excepcion. Mas esto no tendrá lugar cuando el coheredero es de genio altivo, é interviene alguna causa grave, por la cual no puede vivir en comunion con él, pues probada, se procederá á la particion. Tampoco procederá en cuanto á la legítima de los hijos; porque si bien el padre puede imponerles algun gravámen en los demás bienes de que se le permite disponer, no se verifica así con respecto á la legítima; en la cual bajo ningun concepto puede gravarlos.

6. Puede el padre revocar la particion que hizo entre sus hijos, aunque les haya entregado los bienes divididos, á no ser que espresé que quiere sea irrevocable y dure perpétuamente; porque aquella no se considera como donacion simple, sino como una disposicion última que es irrevocable hasta la muerte.

7. Para que el partidador conozca fácilmente cuando tendrá ó no lugar el derecho de acrecer la legítima de los hijos, deberán distinguirse los casos siguientes. 1.º Si solamente los hijos son los instituidos, no hay duda que tiene lugar este derecho; y así la parte que el uno repudie, acrecerá igualmente á los demás. 2.º Si fueren instituidos juntamente con algunos estraños, y todos los hijos repudiaren sus partes, tambien es indudable que éstas acrecen á los estraños. 3.º Cuando siendo instituidos juntamente con estraños repudia alguno de los hijos su legítima, ó no la percibe por otra causa, acrecerá entonces solamente á los demás hijos. 4.º Cuando el hijo es desheredado justamente, acrece á los demás hermanos su parte de herencia; pero no cuando la desheredacion fuere injusta.

8. En su lugar se dijo que los ascendientes legítimos no pueden disponer en perjuicio de éstos por su alma, ó á favor de un extraño, de mas cantidad que del quinto de sus bienes libres en vida y en muerte, porque lo restante es legítima de los hijos. Ahora se explicarán las dificultades que pueden ofrecerse acerca de dicho quinto, esponiendo en el capítulo siguiente las deducciones que de él deben hacerse.

9. En primer lugar es de advertir que si el padre hubiere hecho en vida algunas donaciones pequeñas, atendidas sus facultades, á algunos parientes, criados ú otras personas pobres, no se computará su importe en parte del quinto, especialmente si hay costumbre de que no se haga mérito de ellas, por ser corta la cantidad de que dispuso, y porque de lo contrario se coartaria demasiado la facultad que tiene aquel para disponer de sus bienes, y aun se le retraeria de adquirir con mayor perjuicio de sus hijos. Además, este proceder no se debe reputar como prodigalidad ni liberalidad, sino como una necesidad, pues no es de presumir que el padre lo hiciese con ánimo de perjudicar á sus hijos (que es á lo que principalmente se atiende en la computacion de las donaciones), sino por propiedad, y en cumplimiento de una obligacion moral, tampoco hay ley que se lo prohiba. Pero si dichas donaciones importaren una cantidad considerable, se computarán en el quinto, advirtiendo tambien que lo mismo se debe juzgar de muchas donaciones pequeñas hechas en distintas ocasiones, que de una grande hecha en una sola vez, por gravarse en ambos casos la legítima de los hijos. Todo esto deberá graduarlo el juez prudentemente, atendidos los haberes del donante, y demás circunstancias en que se encuentre.

10. Ofrecese ahora la cuestion siguiente. Si el testador hubiere dejado dos quintos á personas estrañas, ¿cuál de ellos será válido, considerando que el padre cuando tiene hijos ó descendientes legítimos no puede disponer en perjuicio de éstos, á favor de su alma ó de un extraño, mas que de un quinto, segun la ley de Toro? Para resolverla se tendrá presente, que si la primera disposicion tuviere la calidad de irrevocable, será preferida á la segunda; pero siendo revocable, bien se haya hecho como legado ó donacion, es preciso distinguir los tres casos siguientes: 1.º Si al uno se hubiese dejado ó legado el quinto en términos generales, y al otro en cierta especie ó cantidad, este segundo será preferible al primero; pues el legado específico deroga ó disminuye el genérico. 2.º Si entrambas disposiciones fueren de la misma clase, ó iguales en los términos con que se hicieron, habrán de disminuirse con igualdad hasta el valor del quinto, que deberá repartirse entre los dos legatarios. 3.º Si en cada una de dichas disposiciones se hubiere asegurado cuota diferente, y ambas fueren menores que el quinto, se prorateará éste entre los legatarios. Si el testador en estado de sanidad hiciere donacion de un quinto á cualquiera de sus descendientes legítimos, y legase á otro por última disposicion otro quinto, debe tenerse presente lo dicho en el núm. 8, cap. 4, tít. 4, del lib. 2.º

11. Si el testador dejare un quinto á un descendiente legítimo, despues de haber dispuesto de otro quinto por su alma ó á favor de un extraño, serán válidos los dos, considerándose aquel como parte del tercio, y éste como verdadero quinto. Si dispusiese del tercio á favor de un extraño ó de un descendiente, te-

niendo descendientes legítimos, se le reducirá hasta el quinto y como tal valdrá hasta su importe, y no mas, mediante á que testando entre descendientes legítimos, no puede valer en el todo, por estarle prohibido disponer mas de la quinta parte.

12. Si el testador legase dos veces en distintas cláusulas el quinto de sus bienes á dos hijos suyos, no se considerará este legado como de dos quintos, si no de uno que se dividirá entre ambos legatarios, y así concurrirán á su recibo con igualdad, á menos que el testador mande otra cosa ó se colija de su voluntad. En cuanto á los derechos de los hijos legítimos á la sucesion de sus padres, véase lo que dijimos en el tít. 4, cap. 3, del lib. 2.º

CAPÍTULO II.

GASTOS FUNERALES Y OTROS QUE DEBEN DEDUCIRSE DEL QUINTO.

1. ¿Cuáles se llaman gastos funerales?
2. Estos gastos deben deducirse del quinto del caudal inventariado.
3. Tambien deben deducirse de éste los gastos ó derechos de visitar el testamento.
- 4, 5 y 6. Constando que un ascendiente, teniendo descendientes legítimos, hizo celebrar en vida algunas misas ¿deberá deducirse la limosna de ellas del quinto ó del cuerpo del caudal?
7. Si el testador carece de descendientes legítimos, los referidos gastos deben deducirse del cuerpo de su propio caudal. Se mencionan los decretos que imponen á las herencias que no sean forzosas, y á los legados la contribucion del 6 por 100.
- 8 y 9. Pero no deberán sacarse del caudal inventariado si dejó muger ó ésta marido, haya ó no descendientes legítimos.
10. Si la herencia fuese tan corta que no alcance su quinto para los precisos gastos funerarios, los pagarán los herederos de sus legítimas, y no el consorte sobreviviente.
11. Legando el testador dos quintos á dos descendientes suyos, se deducirán de entrambos los expresados gastos.
12. Si teniendo el testador descendientes legítimos legare el usufructo del quinto á su muger ó un extraño, y á los descendientes la propiedad, pagarán éstos los gastos de su funeral.
13. ¿De dónde se deducirán dichos gastos en el caso de que instituyendo el testador por herederos á sus hermanos por no tenerlos forzosos, dejase el quinto á un hijo ilegítimo y no dispusiese nada acerca de su funeral?
14. Si el padre condenado en vida á dar alimentos á un hijo natural mientras viviere, dejare hijos legítimos y legare el quinto á uno de éstos ó á un extraño ¿deberán deducirse dichos alimentos del cuerpo de su caudal, ó habrá de pagarlos el legatario del quinto?
- 15 y 16. Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo ¿de cuál de ellos habrán de deducirse los gastos funerales?
17. Si el testador dispuso del quinto en contrato irrevocable á favor de hijo suyo ó extraño ¿de dónde se sacarán los gastos funerales?
- 18, 19 y 20. El juez puede en algunos casos compeler á los herederos extraños á suplir estos gastos.
21. ¿Si el donatario á quien el testador entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar el importe de las misas y legados, y demás obras pías que aquel mandase hacer?

22. Si el padre despues de mejorar á un hijo hubiese comprado una capilla ¿deberán deducirse del quinto ó del cuerpo de la herencia estos gastos?

23. Legando el testador á su muger ó á un hijo el quinto de sus bienes, y consignándolo en cierto fundo que le era equivalente ¿deberán deducirse del valor de él los gastos funerales, misas y legados pios?

1. Habiendo tratado en el capítulo anterior de la facultad que tiene el padre para disponer del quinto, pasamos á hablar de las deducciones que deben hacerse de él. En primer lugar deben deducirse los gastos del funeral, los cuales han de ser proporcionados á las circunstancias y facultades del difunto (1); pues si fueren excesivos y se hiciesen por pura vanidad, como si hubiese dejado dispuesto el que se erigiese algun mausoleo ó monumento ú otras cosas semejantes; no se debe cumplir su voluntad, á no ser que fuese cuantioso su patrimonio.

2. Estos gastos, pues, se deducirán del quinto del caudal como queda dicho, teniendo descendientes legítimos, segun lo ordena la ley 30 de Toro (2) que dice: „La cera, y misas y gastos del enterramiento, se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda; aunque el testador mande lo contrario.” Si manda esponder menos de lo justo y equitativo, debe observarse su voluntad, y si se espendiere mas de lo que se señaló, se sacará del cuerpo de sus bienes y no del quinto.

3. Tambien se deducirán de él los gastos ó derechos de visitar el testamento; pues aunque la ley no habla de ellos, se entienden sin embargo comprendidos como accesorios, y puesto que se utiliza del quinto la persona á quien se lega, y

que es de su obligacion el satisfacer las mandas, misas, funeral, y en suma las demás obligaciones piadosas que le prescribió el testador; es consiguiente que deba pagar tambien todos los gastos que se causen en declarar que cumplió su voluntad, pues se supone que le gravó con su satisfaccion; y así se observa en la práctica. Pero los de la misa del novenario y cabo de año han de costearse por los herederos, porque los hacen por su voluntad y no son concernientes al entierro, ni la ley citada habla de ellos; á no ser que el testador mande hacerlos, porque entonces se reputarán como parte del funeral, y por tanto se deducirán del quinto.

4. Si teniendo el testador descendientes legítimos mandase celebrar en vida algunas misas, parece á primera vista que debe deducirse su importe del cuerpo del caudal y no del quinto, como se verifica con las que deja en su última disposicion; porque es gasto hecho en vida, y cada uno como dueño de sus bienes puede esponderlos ó invertirlos en lo que mejor le parezca; además, porque una vez que la ley 30 de Toro, que prefiere de donde se deben sacar los gastos funerarios, incluye entre ellos las misas, es visto hablar de las que el testador deja mandadas en su última disposicion, y no de las celebradas en su vida.

5. Sin embargo, siendo crecido el gasto hecho en la celebracion de misas, se debe deducir del quinto por las siguientes razones: 1.ª Porque el testador que tie-

(1) Ley 12, tit. 3, p. 4.

(2) Ley 9, tit. 20, lib. 10, N. R.

ne descendientes legítimos no puede gastar, dar, ni disponer por su alma, ni á favor de otro, de mas que del quinto en vida y muerte, por prohibírselo espresamente la ley 28 de Toro: 2.º Porque de la misma clase son las misas celebradas en vida que las mandadas celebrar para despues de su muerte, y todas sirven igualmente de sufragio de la persona por cuya intencion se celebran, por lo que se debe hacer de las unas el mismo juicio que de las otras, sin atender al tiempo en que se manden decir: 3.º Porque la citada ley 30 habla indistinta y generalmente, y lejos de exceptuar el caso de que se trata, ordena que aun cuando el testador mande lo contrario se deduzcan del quinto; por lo que á vista de prohibicion tan clara, absoluta y terminante no se debe exceptuarlo, mayormente no habiendo razon poderosa para ello.

6. Por tanto si la cantidad spendida en vida por el difunto es considerable, atendido su caudal, lo cual ha de regular el juez, se imputarán en el quinto, deje ó no misas en su última disposicion, para que sus descendientes no sean perjudicados en su legítima. Para formar la cuenta se agregará al caudal hereditario la cantidad gastada en la limosna de dichas misas, como si realmente existiera, despues se deducirá del quinto, y se aplicará en vacio como gastada, al legatario, de él si le hubiere; de suerte que si estos gastos y los de su funeral excedieren el importe del quinto, se quedarán sin cosa alguna los legatarios, y los descendientes pagarán el exceso, que se les descontará de sus legítimas como consumido, haciendo la cuenta de que este menos caudal dejó su ascendiente. Si constare haberse spendido por via de restitution, no debe hacerse aprecio de su importe, porque esto no era caudal suyo, ni tampoco debió inventariarse.

Tom. I.

7. Cuando el testador carece de hijos ó descendientes legítimos, se rebajarán todos los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal, no mandando espresamente lo contrario, pues se supone que quiso gravarlos en ellos á proporcion de su haber. Igualmente deben deducirse de él aunque tenga descendientes, si no ordena otra cosa, los derechos de la apertura, publicacion de su testamento y demás diligencias para reducirlo á escritura pública: lo primero, porque de ninguno de ellos habla la ley inserta; y lo segundo, porque no son concernientes al entierro, sino únicamente relativos á la manifestacion de su voluntad para cumplirla, lo cual incumbe principalmente á sus herederos, y no al legatario del quinto solo. Debo igualmente advertir que por decreto de 18 de Agosto de 1843, art. b6, está mandado que todas las herencias que hubiere ya sean *extestamento ó abintestato*, y que no sean directas forzosas, pagarán al tiempo de efectuarse el seis por ciento. La misma pension y en su misma cuota proporcional á su importe pagarán cada uno de los legados y mandas, sean de la clase que fueren, cuyos pagos deben aplicarse al fondo de instruccion pública; haciéndose estensivo esto á los comunicados secretos y perteneciendo su cobranza al fuero de hacienda, segun el decreto de 26 de Diciembre del mismo año.

8. Pero entiéndase, que la deduccion de que se ha hecho mérito en el párrafo anterior, no ha de hacerse del total de bienes inventariados ni de los gananciales; porque los sufragios se consideran como deuda privativa del difunto, y por consiguiente deben costearse de los bienes que le correspondan; pues de lo contrario se gravaría al otro consorte en su parte de gananciales, y no siendo esta

deuda contraída durante el matrimonio, sería injusto que sufriese dicho perjuicio.

9. No obsta decir que los gastos funerarios son preferidos á todas las deudas que el difunto contrajo mientras vivió, y que así con mayor razon se deben deducir de los gananciales; porque esto se entiende cuando no tiene bienes propios suficientes para reintegrar á todos sus acreedores, y disputan sobre su prelacion, en cuyo caso es forzoso que se gradúen por el tiempo, y por el privilegio; mas no en el presente en que se trata de perjuicio de un tercero que no está obligado, siendo así que el verdadero deudor tiene bienes bastantes, no solo para sufragar los referidos gastos, sino tambien para dejar algo á sus herederos.

10. Si la herencia fuere de tan poco valor que no alcance su quinto para sufragar dichos gastos, los pagarán los herederos aunque sea de sus legítimas, y no el consorte sobreviviente por no tener obligacion alguna de hacerlo. En este caso serán enteramente nulos é ineficaces los legados que hubiere hecho el testador á favor de estraños; mas no la mejora del tercio legado á cualquiera de sus descendientes, quien sin embargo contribuirá á proporcion de ella y de lo demás que le corresponda. Para hacer la cuenta en este caso se separará el importe del quinto, y se bajará el exceso de dichos gastos del residuo de la herencia, deduciendo de lo que reste la mejora, y luego partiendo lo demás como legítimas entre los herederos, con lo cual satisface cada uno á prorata el exceso de los gastos del quinto. Tambien se podrá hacer bajándolos todos del cuerpo del caudal líquido del difunto, y este es el modo mas fácil y sencillo de formarla.

11. Si el testador hubiere dejado dos quintos á dos de sus hijos ó descendien-

tes, segun se indicó en el capítulo anterior, aunque parece que los gastos funerarios se deducirán del segundo quinto con los legados, porque el nombrado primero se conceptúa mas predilecto, y como tal, el quinto que le legó se ha de reputar parte del tercio; deberán sin embargo deducirse los espresados gastos de entrambos por mitad, no debiendo exceder la quinta parte líquida del caudal hereditario. La razon es porque siempre se presume que el afecto del padre á sus hijos es igual, y que quiso guardar igualdad entre ellos; además de que en duda la condicion puesta al uno, se entiende repetida en la persona del otro; por lo que habiéndoles dejado en una misma disposicion igual parte, se supone haber querido que sufriesen igualmente el gravámen. Lo mismo sucederá cuando en un contrato les dona los dos quintos, pues hay la misma razon.

12. Si el testador teniendo herederos legítimos, legare el usufructo del quinto á su muger ó á un estraño, y á sus descendientes la propiedad, pagarán éstos los gastos de su funeral, misas y legados específicos, que hizo, y no el usufructuario del quinto, porque como su usufructo no equivale á la propiedad, podria suceder si se gravase el usufructuario, que no le disfrutase por sobrevenirle la muerte, y en tal caso habria pagado indebidamente de su propio caudal, quedando perjudicado contra la mente del testador.

13. Cuando éste instituye por herederos á sus hermanos en razon de no tener descendientes ni ascendientes legítimos, y deja el quinto de sus bienes á un hijo natural ó espurio, haciendo algunos legados y mandando que los paguen sus herederos, ó no disponiendo cosa alguna acerca de ellos ni de su funeral, se deducirán del quinto los gastos funerarios

y los legados específicos, porque éstos disminuyen las mandas genéricas cual es la del quinto; pero los demás legados deberán ser satisfechos por los herederos, por cuanto á dicho hijo se deben los alimentos, y además no tiene incapacidad legal de heredar faltando descendientes legítimos. Pero es de advertir, que las deudas del testador se han de bajar ante todas cosas del cuerpo del caudal; porque sabido es que hasta que se deducen y separa todo su importe no hay herencia, legados ni quinto, á menos que mandase lo contrario, si tuviese bienes suficientes para todo; en cuyo caso se presume que quiere que el quinto sea mayor, que del residuo del caudal paguen los herederos sus deudas, y que su herencia sea menor.

14. Si el padre condenado por sentencia á dar alimentos á un hijo natural durante la vida de éste, dejare hijos legítimos á su fallecimiento y hubiere legado á uno de éstos ó á un extraño el quinto de sus bienes, podria creerse que del cuerpo del caudal se han de deducir dichos alimentos, sean los necesarios ó la cantidad asignada en la sentencia, por ser deuda contra la herencia. Mas sin embargo, debe pagarlos el legatario del quinto hasta donde éste alcance, deduciéndose de él así los dados al hijo en vida de su padre, como los que se le dén despues de muerto, porque todo lo demás es legítima de los hijos legítimos, la cual no puede ser gravada como sucederia si se dedujese del cuerpo del caudal; y el natural, habiendo legítimos, no tiene mas derecho que el de ser alimentado del quinto (1), y se ha de atender á la causa que motiva su deducción, que son los alimentos.

15. Si el testador hiciese donacion de un quinto en contrato irrevocable á un hijo, y de otro quinto en disposicion última á otro hijo, parece, segun la opinion de Ayora, que deben deducirse del segundo los legados, misas y gastos funerarios, aunque el padre hubiese dispuesto que se dedujesen del primero. Fúndase este autor para opinar de este modo, en que el donante no puede sin consentimiento del donatario, imponer condicion ni gravámen en la donacion pura é irrevocable despues de hecha; en que el primer quinto, atendida la cualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando espresamente lo contrario de la voluntad del donante, quien así como lo donó á su descendiente, pudo haberle donado la cuarta, tercera ó sesta parte; y finalmente en que no entendiéndose de esta manera, se privaria de la facultad de testar y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su testamento como mas propio y adecuado, disponiendo en uso de ella del segundo quinto, único patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes legítimos le concede la ley 28 de Toro.

16. Esta opinion parece bastante segura, no por la razon que da dicho autor de que el padre quedaria intestado, pues aunque no hay mas que un quinto y le entregue irrevocablemente en vida al donatario, siempre se revoca en cuanto al funeral; y no puede llamarse intestado el que dispone de sus bienes, aunque sea solamente entre ciertas y determinadas personas; sino por las consideraciones que alega y porque en el hecho de hacer legados en su última disposicion, y no ignorar que habiendo descendientes se deben deducir del quinto, y que el primero como irrevocable no puede gravarse

(1) Leyes 9 y 10 de Toro.

en nada despues de la tradicion; se supone que quiso usar de la facultad que le concede la ley, y por consiguiente que el primero se reputase parte del tercio, y el segundo quinto verdadero. Mas si cuando hizo la donacion, mandó que de su quinto se dedujese todo, como pudo hacerlo, se rebajará de él y no del segundo, estimándose éste parte del tercio y no verdadero quinto.

17. En caso de que el testador dispusiese de éste por donacion ú otro contrato irrevocable teniendo hijos ó descendientes legítimos, aunque la ley no expresa de donde se han de deducir los gastos funerarios, sin embargo, se rebajarán del quinto, háyase hecho ó no la entrega de él en cosa determinada, por las siguientes razones: 1.ª Porque los gastos del funeral son preferidos á cualquier otro crédito por privilegiado que sea (1): 2.ª Porque la ley 30 de Toro previene que se saquen del quinto, aunque el testador disponga lo contrario, pues no pueden los pactos privativos prevalecer ó derogar las leyes: 3.ª Porque las legítimas no pueden ser gravadas ni perjudicadas: 4.ª Porque el donatario posee la cosa con este gravámen y la ley antepone la utilidad pública, cual es la del enterramiento de los cadáveres, al beneficio de un particular, y por eso es preferible la accion pública funeraria á la que dimana de un pacto privado.

18. Aunque este donatario ó legatario, á quien se entregó el quinto, esté obligado á la satisfaccion de los gastos funerarios, puede sin embargo compeler el juez por algun motivo justo á los herederos estraños á suplirlos para que no se dilate el dar sepultura al cadáver. Si así sucediere tienen accion á repetirlos lue-

go del donatario; mas habiéndolos hecho espontáneamente sin proceder tal apremio, no podrán repetirlos, pues se presume que los hicieron por piedad, á menos que hubiesen protestado su repeticion (1). Mas los herederos legítimos, aun cuando los suplan sin ser compelidos ni hacer protesta, podrán exigirlos del donatario, pues en duda se presume haberlos suplido con este ánimo, mediante á que no es de creer que quisiesen consentir en la lesion ó disminucion de sus legítimas.

19. Sin embargo, el reformador de Febrero impugna aquí la doctrina del autor, diciendo deberse presumir de los herederos legítimos mas bien que de los estraños el que hagan dichos gastos funerarios por piedad, á causa de su parentesco con el difunto, y del afecto que es regular que le profesen, interesándose además en hacerlos el pundonor de los mismos. Y si de los herederos legítimos, añade, se puede decir que no es presumible quisiesen consentir en la disminucion de sus legítimas, tambien podrá decirse de los herederos estraños no ser presumible que consintiesen en la disminucion de sus partes hereditarias, haciendo unos gastos que no les pertenecian. Pero el adicionador de Febrero sostiene la opinion de éste contra el reformador, diciendo, que aunque en los herederos estraños pudiera igualmente presumirse esta falta de consentimiento, es muy de notar la razon que versa en uno y otro caso, pues los legítimos heredan lo que de antemano era suyo como condueños con el padre, y los otros nada tendrian si el testador no los hubiera agraciado con la institucion; por consiguiente nada se les quita ni se les perjudica, respecto que hacen dichos gastos con lo mismo que heredan, en

(1) Ley 12, tit. 13, p. 1; y 30, tit. 13, p. 6.

(1) Ley 12, tit. 13, p. 1.

agradecimiento sin duda de haber sido instituidos, y por piedad.

20. Esta reflexion es muy exacta, y no puede negarse que hay en este caso una notable diferencia entre el heredero extraño y el legítimo. Cuando aquel hace dichos gastos voluntariamente sin protestar que su intencion es repetirlos, parece claramente que su ánimo fué el hacerlos como un obsequio piadoso en agradecimiento á haber sido nombrado heredero, pues sin este nombramiento ningun derecho tenia á los bienes del difunto. No es así en los herederos legítimos, quienes no por voluntad del testador, sino por ministerio de la ley adquieren su legítima, la cual no puede ser gravada ni disminuida; por consiguiente, la presuncion es contraria, es decir, se debe favorecer á la legítima por no gravarla, pues tal es el espíritu de la ley. Por otra parte, el donatario ó legatario extraño adquiere el quinto con el gravámen de dichos gastos, y no parece justo que sea beneficiado con perjuicio de los herederos legítimos; cuya consideracion no tiene lugar con respecto á los extraños que han adquirido la herencia graciosamente, y están en el mismo caso que el referido legatario.

21. En cuanto á las misas, aniversarios, limosnas y legados que el testador haya mandado distribuir teniendo descendientes legítimos, parece que el donatario á quien entregó irrevocablemente el quinto en vida, estará obligado á pagar su importe, respecto que aun cuando le haya entregado la posesion de los bienes, la puede revocar, porque la irrevocabilidad de que en el caso de entrega de posesion habla la ley 17 de Toro, se limita espresamente al tercio por no hacer mencion del quinto. Sin embargo, si procedió causa onerosa con tercero y en-

terga de bienes del quinto al donatario, no podrá el testador revocarla ni disponer de mas que de lo correspondiente á un funeral moderado, misas y descargo de su conciencia, con lo cual no queda intestado, y en cuanto á los legados y demás cosas, será ineficaz su voluntad. La razon es porque los legados voluntarios y donacion posterior no revocan la irrevocable precedente, por no haberse acabado la facultad del donante, y no poder en perjuicio del donatario hacer mas ni menos de lo que habia hecho, á diferencia de los gastos espresados, en los cuales se entiende revocado el quinto, porque es de absoluta necesidad el hacerlos, y porque son preferidos á los demás créditos. Además la ley 17 de Toro dice que el mejorante puede hacer irrevocable el tercio; y aunque es cierto que no hace mencion alguna del quinto, no prohibe sin embargo ni otra alguna tampoco que el mejorante pueda hacer éste tambien irrevocable, por lo que lo será, excepto en dichos gastos, pues lo que la ley no prohibe se entiende permitido; y así del silencio de la ley no se deduce imposibilidad ni prohibicion de hacer irrevocable el quinto en la forma espuesta. Mas si no medió causa onerosa con un tercero, podrá revocarle en el todo.

22. Si el padre mejoró en el tercio y quinto de sus bienes á un hijo y despues edificó ó compró un panteon ó capilla para su entierro y el de su familia, se deducirán del cuerpo de la herencia los gastos que el padre hizo en edificar ó comprar la capilla y sus ornamentos si no estuviesen satisfechos, porque no son gastos funerarios, y porque el padre puede enagenar todos sus bienes en vida por título oneroso, y consumirlos, aunque sus hijos lo resistan y nada les quede que heredar, sin estar obligado á comprar cosa



útil fructífera que aumente su patrimonio, y solo podrán quejarse caso que la enagenacion haya sido por título lucrativo, será lo que se le aplique en el fundo, llevando á proporcion los frutos que este residuo haya producido, aunque el legatario del quinto quiera pagarlo todo de sus bienes. Mas esta opinion no es muy exacta respecto á este último punto, porque habiéndole señalado el quinto como pudo señalársele, se le transfirió su dominio incontinenti que falleció, y desde entonces le tocan los frutos que produjo por ser legatario específico (1).

23. Si el testador legase á su muger ó á su hijo el quinto de sus bienes y lo consignase en cierto fundo cuyo valor equivalia á aquel, segun Ayora no llevará el legatario el fundo integro, ni todos los frutos que durante la comunion de la herencia produjo, sino que se deducirán antes de él los gastos del funeral, misas y legados pios y graciosos, y el residuo

CAPÍTULO III.

DIVISION DE LOS BIENES DEL TESTADOR CUANDO MEJORÓ A ALGUNO DE SUS DESCENDIENTES.

1. Habiendo espuesto en su lugar la doctrina relativa á mejoras, solo resta tratar en este capítulo lo que tiene relacion con la division y adjudicacion.

2. Las mejoras se regulan por la estimacion que tienen los bienes del testador al tiempo de su fallecimiento.

3. Siempre que hubiere mejora, aunque se nombre primero el tercio que el quinto, debe rebajarse antes este último.

4. Casos en que se deducirá el tercio antes que el quinto.

5. Si el testador diere en vida á algun hijo cualquier finca entregándole la posesion de ella, se entiende que lo mejora tácitamente.

6. ¿Qué deberá hacerse si mejorase el padre á uno de sus hijos en el tercio y no dispusiese del quinto?

7. Si el padre mejorase por testamento á un hijo en el tercio de sus bienes mandando que de él pague los gastos de funeral, misas y legados, y no dispusiere del quinto, el hijo cumplirá la voluntad del testador.

8. Cuando son varios los mejorados, y fallece uno antes de aceptar, su parte pertenece á los demás por el derecho de acrecer.

9. Pero si entrega la escritura de mejora, y el mejorado la acepta, aunque fallezca en vida del testador, no tendrá lugar el derecho de acrecer.

1. Habiendo espuesto en el cap. 4, y que se omite aquí por evitar repeticiones.

2. Las mejoras se regulan por la estimacion que tienen los bienes del testador al tiempo de su fallecimiento (2). El hijo

(1) Leyes 34 y 48, tit. 6, p. 6.

(2) Ley 7, tit. 6, lib. 10, N. R.

mejorado podrá repudiar su parte de herencia y aceptar la mejora, pagando á prorata de ésta la parte de deudas que le quepa, por cuanto que no se considera caudal hereditario sino lo que sobrare despues de satisfechos los débitos (1). Las mejoras han de pagarse con los bienes designados, cuando hubo señalamiento de ellos, ó con otros de la herencia si no se designaron, no permitiéndose á los herederos pagarlos en dinero efectivo, á menos que los bienes no admitan cómoda division ó no pueda hacerse ésta sin daño de los mismos bienes (2).

3. Siempre que hubiere mejora, aunque se nombre primero el tercio que el quinto, debe rebajarse antes este último (si no intervino entrega ó posesion de bienes), porque la ley así lo dispone cuando no hay costumbre ó fuero en contrario (3), y el modo de hacer la cuota es como sigue: Se forma un cuerpo de todo el caudal del difunto; se descuentan de él las deudas; del residuo líquido se saca la quinta parte; deducida ésta se rebaja el tercio, y el resto se divide en tantas partes iguales cuantos sean los herederos incluso el mejorado si tambien lo es; mas no siéndolo (como por ejemplo, el nieto mejorado que no entra á heredar si vive su padre), se repartirá dicho residuo entre los herederos nombrados.

4. No obstante lo dicho, se deducirá antes el tercio que el quinto en los dos casos siguientes: 1.º Si el testador lo dispusiere así espresamente; porque el hacerse antes la deduccion ó rebaja del quinto, es en beneficio suyo, para que sea mayor la cantidad de que pueda disponer á favor de su alma, ó de un extraño, y como beneficio propio puede renun-

ciarlo: 2.º Cuando por pacto ó contrato entre vivos, ó por causa onerosa hizo mejora del tercio, entregando la posesion de los bienes ó la escritura de ella, en cuyo caso es irrevocable la mejora, á menos que el padre se hubiere reservado el derecho de revocarla, ó sobreviniere alguna de las causas porque se anulan las donaciones perfectas (1). Se hace primero la deduccion del tercio en este caso, porque el mejorado adquirió en él derecho anterior al que pueden tener los legatarios, ú otros acreedores á los bienes del quinto.

5. Si el testador diere en vida á algun hijo cualquier finca entregándole la posesion de ella, se entiende que lo mejora tácitamente; y si excediere su valor al del tercio y quinto, ha de cargarse el exceso en cuenta de su legítima, pero si tambien sobrepujare á ésta, deberá restituir el sobrante á los coherederos.

6. Si mejorase el padre por testamento á uno de sus hijos en el tercio, y no dispusiese del quinto, se bajarán de éste los gastos del funeral, misas y legados; despues se sacará el tercio del remanente de dicho quinto, y otro tercio del caudal restante para el mejorado, y el residuo agregado al sobrante del quinto, será caudal partible entre todos los herederos. Por ejemplo: deja el padre quince mil pesos, cuyo quinto son tres mil; importan el funeral, misas y legados mil; de los dos mil sobrantes se bajará para el mejorado el tercio, que son seiscientos setenta y seis pesos y pico. De los doce mil restantes de la herencia, se deduce tambien el tercio para el mismo, que son cuatro mil, y unidos los ocho mil que restan á los mil trescientos treinta y tres pesos y pico, que es el remanente del quinto, se repartirán entre los herederos. Se rebajan

(1) Ley 5, tit. 6, lib. 10, N. R.

(2) Ley 4, tit. 6, lib. 10, N. R.

(3) Ley 214 del Estilo.

(1) Ley 1, tit. 6, lib. 10, N. R.

en este caso ambos tercios, porque en el hecho de no haber dispuesto el testador del quinto, se infiere que su voluntad fué llevarse el hijo mejorado el tercio de él igualmente que de los demás bienes; y si de éstos solo se dedujese el tercio, sería perjudicado el hijo, á cuyo favor se hizo la mejora.

7. Si el padre ó la madre mejorase por testamento á un descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, mandando que de él pague los gastos del funeral, misas y legados, y no dispusiere del quinto, deberá el mejorado satisfacer dichos gastos del tercio hasta el importe del quinto solamente, entendiéndose mejorado en el exceso del quinto al tercio. Lo mismo se practicará cuando el padre, habiendo mejorado en el tercio á un descendiente y á otro en el quinto, dispuso que aquel y no éste satisficiera los mencionados gastos, ó que para costearlos entregase al último la mitad del tercio; en cuyo caso se entiende que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos. Si la mejora fuese inoficiosa, esto es, que exceda el valor del tercio, quinto y legítima del hijo mejorado, haciendo el cómputo por la estimacion que tengan los bienes al tiempo de la muerte del testador, corresponde á los demás hijos accion para pedir el suplemento de sus legítimas (1).

8. Cuando el padre ó la madre mejorara por última disposicion en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si fallece el uno antes de aceptar ó repudia su parte, ó por otro medio deja de percibirla, pertenece ésta á los demás mejorados por el derecho de acrecer; y así lo repartirán íntegra entre ellos, ya sean *conjuntos* ó asociados en la cosa solamente, por ejemplo, cuando el testador dice: *mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de mis bienes*; y luego repite lo mismo de otro hijo; ya sean *conjuntos* y unidos en las personas y en la cosa misma, v. g. si el testador dijere: *mejoro á mis hijos Pedro y Juan en el tercio y quinto de mis bienes por iguales partes*.

9. Si el padre ó la madre mejorase á dos ó mas hijos por contrato irrevocable entre vivos, entregándoles la escritura de mejora y los mejorados la aceptaren; aunque fallezca uno de ellos en vida del mejorante, no pasa su parte á los demás mejorados; porque aceptada la mejora no tiene lugar el derecho de acrecer, el cual se introdujo para que no quedase vacante esta parte de herencia contra la voluntad presunta del testador, lo que no sucede en el caso presente.

(1) Ley 5, tit. 8, p. 6.

CAPITULO IV.

DE LA DIVISION DE FRUTOS DE LA MEJORA O DONACION.

1. Dificultades que pueden ocurrir en orden al modo de hacer la mejora.
2. Haciéndose irrevocablemente la mejora en contrato, ó aunque sea revocablemente, si no se revocó, antes bien se entregó al mejorado la posesion, le pertenecen los frutos desde su entrega.
3. Si la mejora en contrato fué hecha en una parte de bienes señalados por el mejorante, pero no fueron entregados al mejorado, se deben á éste los frutos desde la muerte de aquel.
4. Cuando la mejora de cuota en contrato se hizo á hijo emancipado mayor de edad, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la mejora.

5. Si la mejora se hace en última disposicion, sin haber entrega, corresponden al mejorado los frutos desde la muerte del testador.

6. Lo mismo procede cuando la mejora se hizo de cierta parte ó cuota de bienes, é intervino entrega verdadera ó fingida.

7 y 8. ¿Cómo deberán dividirse los frutos cuando el testador deja descendientes legítimos, mayores de edad habiendo mejorado a uno de ellos en el tercio y quinto, sin haber habido entrega, y se tarda un año ó mas en evacuar la particion?

9. Si todos los herederos fueren menores se practicará lo mismo que acerca de los mayores se ha dicho en los párrafos antecedentes.

10. Lo propio debe hacerse cuando el padre que en vida habia dado en dote á una hija ó capital á un hijo, los mejoró en disposicion última para que no tuvieran nada que restituir.

11 y 12. Resolucion del caso en que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora, sino en virtud de institucion.

13. Si hubiese dado el padre á una hija cierta cantidad, entregándosela en bienes muebles y dinero, y se tardase mucho tiempo en evacuar la particion, no llevará mas frutos que los que en aquella parte le falten para completar su legítima.

14. Mejorando el padre ó la madre á uno de sus hijos con señalamiento de cosa cierta, y asignando á otro su legítima en otra, aunque la de éste produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas de lo que su finca hubiere producido.

15 y 16. Resolucion de otros casos.

17. Siempre que el título de la mejora se invalide ó anule, deberá el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fué.

18. Si el título se anulase por revocacion deberá restituir el mejorado la cosa donada sin frutos.

19. Cuando la mejora se revoca por ingratitud, el mejorado devolverá los frutos desde el dia en que incurrió en esta falta.

20. Lo mismo sucede cuando se revoca en el todo por haberse reservado este derecho el mejorante ó donante.

1. Suelen á veces ocurrir algunas dificultades sobre el modo de dividir legalmente los frutos de la mejora hecha en contrato ó en última voluntad, con tradicion ó consignacion de los bienes de su importe ó cuando ésta no se verifique. Para que el partidor proceda con acierto en los casos que ocurran, se tratará de esta materia con la claridad posible.

2. Si la mejora se hiciere irrevocablemente en contrato y en cosas ciertas y determinadas, ó aunque sea revocablemente si no se revocó, antes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera ó fingida, le pertenecen los frutos desde su entrega, porque desde entonces se le transfirió el dominio de aquellas. Lo mismo procederá en la donacion hecha por causa onerosa con tercero, aunque no haya habido tradicion; mas si ésta no tuvo lugar, ni la donacion fué hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponderán los frutos hasta que fallece el testador.

3. Tambien le corresponderán los frutos desde la muerte del testador cuando la mejora en contrato fué hecha de una parte cierta y determinada de bienes, que no le fueron entregados al mejorado porque como consta cuales son, empieza éste desde el momento en que se verifica la muerte de aquel, á tener dominio en ellos, por medio del cual adquiere sus frutos. Pero si la mejora no se consignó en bienes algunos, ni por consiguiente fueron entregados éstos al

mejorado, se le deberán únicamente los frutos desde que el heredero demora hacerle la entrega de los correspondientes á aquella, porque no habiéndosele transferido su dominio desde el contrato, por la incertidumbre de los que se le aplicarían, pudo ser revocada la donacion hasta la muerte, y como se atiende á este tiempo para hacer la computacion de la cuota; desde entonces es cuando tiene lugar la traslacion de su dominio, y por consiguiente el derecho de percibir de los frutos.

4. Si la mejora de cuota en contrato fuere hecha al hijo emancipado mayor de veinticinco años, y hubiere habido entrega verdadera ó fingida, deberá tambien cobrar los frutos desde el tiempo de la demora, que es desde la litis contestacion, por la incertidumbre y falta de asignacion de bienes, que arguye buena fé; pero si hubiere sido hecha á hijo que estaba bajo la patria potestad, ó á menor, se le deben los frutos desde el tiempo de la tradicion, porque la ley favorece al menor, además de que el hijo que se haya en poder de su padre no puede pedir contra él ni ponerle pleito (1).

5. Cuando la mejora de cierta cosa determinada se hace en última voluntad sin tradicion, corresponden los frutos al mejorado desde la muerte del testador, desde cuyo tiempo y no antes se le transfirió su dominio (2). Y aunque parece que no debian corresponderle hasta que el heredero aceptase la herencia, los percibirá sin embargo por no ser necesaria segun la ley (3) su adicion ó aceptacion para la validez del testamento y todo lo que contenga, con tal de que cons-

ten las solemnidades que la misma prescribe como se dijo en su lugar; mas si no intervino entrega le pertenecerán desde que ésta se hizo, porque desde entonces se le transfirió su dominio por razon de la cual los adquiere.

6. Lo mismo procederá cuando la mejora en última disposicion fué hecha de cierta cuota de bienes como en la tercera ó cuarta parte, é intervino tradicion verdadera ó fingida de ella, ó asignacion de la cosa en que se habia de pagar; pero si faltó la entrega, se le deberán solamente los frutos desde la demora del heredero despues de la muerte del testador, porque no habiendo tradicion ni señalamiento de bienes ciertos por donde se infiera haberse transferido su dominio en el mejorado, y dando por otra parte dicha asignacion de la cuota, únicamente derecho á la universalidad de la herencia y no á bienes determinados (1); se considera que no hay frutos hasta que se haga la aplicacion, desde la cual empezarán á debérsele, porque hasta entonces no se le transfiere el dominio de los bienes aplicados: á mas de que esta cuota pudiera pagarse al legatario ó mejorado en bienes que no sean fructíferos, porque no está prohibido cuando el legado es genérico; y así quedará á eleccion del heredero el señalamiento de ellos, como por derecho comun se le permita, pues siendo de los de la herencia, cumple con el precepto de la ley 20 de Toro, que así lo ordena, y solo prohibe se pague en dinero.

7. Si el testador mejorase á alguno de sus descendientes legítimos, y muriese dejando bienes que produzcan fru-

(1) Ley 2, tit. 2, part. 6.

(2) Ley 34, tit. 9, lib. 6.

(3) Ley 1, tit. 18, lib. 10, N. R.

(1) Por la incertidumbre de la clase de bienes que se aplicarán al mejorado, puesto que no habiendo asignacion, su aplicacion depende del arbitrio del juez.

tos despues de su fallecimiento, sin haber intervenido entrega ni aun consignacion de la mejora, y si tardase un año ó mas en evacuar la particion por cualquier motivo que no dependa del mejorado; opinan algunos autores que deberá llevar no solo el importe de la mejora, sino tambien los frutos producidos desde la muerte del padre á proporcion de su haber, y no igualmente como los demás herederos. Para ello se fundan en las razones siguientes: 1.ª Porque los frutos aumentan la herencia, y por consiguiente el haber respectivo de cada partícipe, segun la voluntad del instituyente. 2.ª Porque el mejorado está obligado á pagar las deudas de éste á prorrata de lo que le toca (1), por lo que así como sufre el gravámen debe percibir la utilidad. 3.ª Porque en el instante en que aceptó la herencia, se le transfirió proindiviso el dominio de los bienes de ésta, y por consiguiente el de los frutos de aquella parte como accesorios; y por haber permitido la proindivision, ó no haberse podido dividir la herencia, no debe presumirse que haya renunciado los frutos que como mejorado le competen; á mas de que se convertia en su perjuicio la proindivision, pues si se hubiera hecho al instante la particion, habria utilizado sus frutos en todo el tiempo que medió. 4.ª Porque del mismo modo que si mientras los bienes estuvieron proindiviso se hubiera disminuido la herencia, correria la misma suerte que la mejora, por igual razon habiendo tenido aquella incremento con los frutos, debe tenerlo ésta tambien. 5.ª Porque mientras que dura la proindivision subsisten los bienes en compañía; y si cada sócio debe llevar de los frutos ó utilidades de

ésta lo correspondiente al fondo que en ella puso ó le dejaron, que es el haber respectivo de la herencia y mejora.

8. Aunque á primera vista no dejan de ser bastante poderosas estas razones, parece sin embargo mas conforme que por mucho tiempo que transcurra en hacerse la particion, solo deberá percibir el mejorado el importe de la mejora, y que no tendrá derecho en razon de ésta á mayor parte de frutos que la que corresponda á los demás herederos por las consideraciones siguientes. 1.ª Porque si bien es indudable que los frutos son aumento de la herencia, esto se entiende de los frutos que el testador deja pendientes en las fincas fructíferas, ó recojidos ya, mas no de los que nacen despues de su muerte, pues solo se llama propiamente herencia el conjunto de bienes que existe cuando uno fallece. 2.ª Porque de estar obligado á pagar las deudas á prorrata de lo que le toca por mejora, no se deduce que debe percibir frutos de ella, pues que hasta que aquella se satisface no hay herencia segun se ha dicho; y siendo esta razon porque se deducen antes que todo, es consiguiente que en nada se le perjudica, puesto que en lo ageno no puede mejorarlo el testador. 3.ª Porque el haber permitido la comunion no le da el mas leve título ni derecho para la percepcion de frutos, como mejorado; antes bien por su silencio debe presumirse que no los quiso, y que se contentó con los que le tocasen como á heredero; pues de lo contrario hubiera protestado no se le causase perjuicio en ellos, é instado á que se hiciese la particion en el estado en que se hallaba la herencia; y si no tuvo culpa en que ésta se demorase, tampoco la tuvieron los coherederos. 4.ª Porque para la adquisicion de frutos es neces-

(1) Ley 5, tit. 6, lib. 10 N. R.

rio el dominio absoluto y verdadore en la cosa que los produce, y el mejorado no lo tiene específico por falta de consignacion y entrega, sino en general é indistinto en los bienes de la herencia como los demás herederos. 5.º Porque aun cuando es cierto que disminuyéndose la herencia durante la comunión se disminuye también la mejora, no lo es sin embargo que aumentándose aquella con los frutos debe aumentarse también ésta, pues es falso el supuesto del aumento de la herencia, á causa de que los frutos producidos despues de la muerte del testador no forman parte de la que él dejó por la razon que anteriormente espusimos, sino que se consideran propios de los herederos; de suerte que en rigor no se puede llamar caudal paterno ó materno, sino solamente partible ó comun á todos, y así como bienes propios de ellos, se deben dividir con igualdad entre todos. 6.º Porque por el solo hecho de hallarse los bienes proindiviso no se entiende que hay sociedad ó compañía, á no ser que así se espresé; y en el presente caso no solo no se espresa, sino por el contrario falta el unánime consentimiento de todos, que es un requisito indispensable para que exista la sociedad (1); por cuanto cada uno desea que se evacúe á la mayor brevedad la partición, para percibir lo que le corresponde. Por consiguiente deberá hacerse con igualdad entre todos los herederos la división de frutos, separando ante todas cosas el importe de la mejora, y agregando luego al residuo de la herencia el total valor líquido de dichos frutos; y hecho un cuerpo de estas dos partidas, se dividirá con igualdad entre todos los herederos incluso el mejorado.

(1) Ley 1, tit. 10, par. 5.

9. Lo mismo ha de practicarse si todos los herederos fuesen menores, por- que militan todas las razones; pues si el mejorado goza de privilegio, también gozan de él los coherederos; y no debe perjudicarle la demora por estar impedido de acelerar la partición á causa de su menor edad, lo mismo que lo estuvieron aquellos, debiendo además tener presente que al paso que el primero trata de adquirir lucro de bienes que no son absoluta y préviamente suyos, los segundos solo pretenden evitar el daño que se les sigue de que saque mas frutos una persona que tiene igual dominio que ellos en los bienes partibles. Si el mejorado fuere menor y los demás herederos mayores debe también observarse lo propio, advirtiéndole en este caso y aun en el precedente, que si por culpa ó morosidad de su tutor se hubiese retardado la partición, podrá repetir contra él, á fin de que lo indemnice del perjuicio que le causó la tardanza en la percepción de frutos hasta su adjudicación.

10. Si habiendo el padre dado en vida dote á una hija ó capital á un hijo, los mejorase en disposición última para que no tuviesen que restituir, y estos mejorados callasen algunos años considerando tal vez que nada tenían que percibir, pero conociendo despues que los bienes tenían mucho valor, pidiesen la partición y la aplicación de lo que les faltase con los frutos de su mejora; en este caso ninguno sacará nada por esta razon, y si solo por lo que le falte para completar su haber como mejorado.

11. Otra cuestión puede ocurrir, y es la siguiente: Si el testador no dejase al hijo el tercio por vía de mejora ó legado, sino por vía de institución, como si no disponiendo de él hiciese varias mandas en diferentes cláusulas, y despues en la

de heredero dijese: „y en el remanente de „todos mis bienes muebles, raices y dere- „chos, instituyo por mis universales he- „rederos á Pedro, Juan y Diego mis hijos; „excepto el tercio que mando le lleve ade- „más, ó por via de mejora, dicho Pedro, „y si es necesario le mejoro en la for- „ma que mas haya lugar en derecho;” en este caso, segun Ayora, el mejorado llevará la parte de los frutos correspon- dientes al tercio, y despues partirá lo demás igualmente con sus hermanos. Funda la razon de diferencia en que en el primer caso el mejorado tuvo el tercio como legado, y á los legatarios no perte- nece el aumento ni disminucion de la herencia, sino á los herederos; y en éste tocándole por derecho de institucion mas que á los otros hermanos, perteneciendo á los herederos los frutos cogidos des- pues, debe llevar como uno de ellos los correspondientes á su haber, arreglado á la institucion, puesto que las palabras del testador pueden producir distintos efectos segun el diverso modo en que se profieran.

12. A pesar de que Febrero no se con- forma con esta opinion del citado autor, yo la creo fundada, opinando con el re- formador, el cual dice que en el caso pro- puesto, el tercio sin dejar de ser mejora, es parte de la herencia, y de ningun mo- do puede llamarse legado; de suerte que viene á ser lo mismo que si un testador á falta de herederos legítimos, instituye en partes desiguales á varios estraños, en cuyo caso nadie dudará que se les deben aplicar con arreglo á sus porcio- nes hereditarias los frutos percibidos despues de la muerte del testador.

13. Si falleciere el padre habiendo dotado á una hija en cierta cantidad en- tregándosela en bienes muebles y dinero cuando se casó, y al tiempo de la divi-

sion pretendiese dicha hija le den sus her- manos la parte de herencia que le toca, con los frutos de ella íntegros, colacio- nando con este objeto todo lo que reci- bió en dote; no llevará sin embargo mas frutos que los de aquella parte que le falte para completar su legítima, de suer- te que si la dote importase tanto cuanto el todo de ésta, nada llevará de la he- rencia, porque ya la tiene recibida, ni por consiguiente de sus frutos, porque éstos tocan á sus hermanos como pro- ducto de sus legítimas. De nada le ser- virá alegar que fué perjudicada por no haber llevado cosa alguna en bienes rai- ces; porque además de haberse conten- tado con los que se le entregaron, no pu- do compeler á su padre, á que de ellos la dotase, pues depende de su arbitrio el dejar á sus hijos la legítima en los bienes que quiera, con tal que no los grave en ella ni bajo ningun concepto los perjudique.

14. Si el padre mejorase á uno de sus hijos en el tercio ó quinto, consignán- doselo en cosa cierta, y señalase á otro su legítima en otra mas productiva, no podrá aquel pretender por razon de su mejora mas que lo que su finca produ- jo, porque el otro hijo adquirió igual do- minio en la de su legítima que él en la mejora; y como se transfirió respectiva- mente á cada uno desde la muerte del testador, llevarán los frutos que sus fin- cas señaladas produjeron mientras no se procedió á la division de los bienes que dejó. En este caso el mejorado, no obs- tante tocarle mas parte de la herencia, percibirá por su mejora menos frutos que el que no lo fué, y llevará su legítima en los demás bienes que haya, ya sean ó no productivos, pues (1) no se debe

(1) Leyes 19 y 23 de Toro.

entender el valor que la herencia tiene con el aumento de frutos, ni éstos se deben agregar, como cuando no hay consignacion, sino que se atenderá al que tenia cuando murió el mejorante; porque en este caso cada uno adquiere solamente el dominio en su alhaja ó fincas consignadas, y en el otro lo tienen todos proindiviso en el total, y por eso la herencia y sus frutos se hacen un cúmulo universal despues de separada y deducida de ella la mejora, y se dividen con igualdad entre todos.

15. Si mejorando el padre á un hijo en el tercio y quinto y consignándole dicha mejora en una finca, dispusiere que si el valor de esta excedia á la mejora llevase el exceso en cuenta de su legítima, se hará la particion del modo siguiente: Supongamos que muerto el mejorante se averigua que la finca vale mil pesos y excede la mejora en doscientos, los que debe llevar por parte de legítima, y que no se hace la particion en cuatro años, en cuyo intermedio redivida la finca trescientos líquidos, y otros bienes del difunto mil y ciento, siendo por consiguiente el total de mil y cuatrocientos. Para hacer justificadamente la division de los trescientos pesos que rindió la finca en los cuatro años, llevará únicamente el mejorado en el concepto de tal doscientos y cuarenta, que son la parte correspondiente á los ochocientos que importó, y aplicándosele tambien los sesenta como frutos que produjo la parte de legítima que se le consignó en la finca, cuyo dominio adquirió por la consignacion. De los mil y ciento que rindieron los demás bienes percibirá lo correspondiente á la legítima que le falte y deba haber en éstos, bajados los doscientos que le tocan en la finca, porque si se le aplicasen trescientos por la mejora sola, y lue-

go la parte correspondiente á los mil y ciento, como uno de sus herederos por su legítima igualmente con los demás partícipes, saldrán éstos perjudicados en los sesenta, producto de los doscientos que llevaba en la finca como parte de legítima. Si se le aplicase igual parte de frutos de ellos, como si nada tuviere en cuenta de su legítima, se les perjudicaria igualmente por tener tomados los doscientos en cuenta de ésta y sus frutos; del mismo modo que si se uniesen los sesenta á los mil y ciento, y se partiesen con igualdad entre todos podrian ser perjudicados el mejorado y los demás. Así pues aplicándole los frutos correspondientes á la parte de legítima que les reste percibir deducidos los doscientos pesos de exceso, á nadie se grava; porque los sesenta, producto de éstos, son para él solo, y debe contentarse con ellos, ó no admitir la parte de la finca en cuenta de legítima. Pero si el testador no consignare al mejorado el exceso por parte de su legítima, se unirán los frutos sobrantes de la mejora, v. gr. los sesenta pesos, á lo que rindan los demás bienes raíces, y se dividirán con igualdad entre todos los herederos.

16. Si quedaren frutos pendientes en los bienes de la mejora corresponde la mitad á la vinda en razon de gananciales; y en su consecuencia deben inventariarse y tasarse de dichos frutos, sucediendo lo mismo si falleciere la muger y sobreviviera el marido (1). Si hubiesen muerto ambos consortes y los herederos fueren legítimos, deberán tambien inventariar y tasar, y aplicarse al mejorado, no como frutos pendientes, sino como parte de mejora y hacienda que deja el testador, de la cual se deducirán en cuan-

(1) Ley 3, tit. 4, lib. 10, N. R.

to quepa en el tercio, quinto y legítima, atendido todo el caudal que debe pertenecerle. Esto procede, ya que el testador le haya mejorado en tercio y quinto consignando en los mismos bienes la mejora, ó ya solamente en éstos sin espresar si era por parte de tercio y quinto; pues en ambos casos se ha de atender á si caben ó no en la parte de que segun la ley pueden disponer para mejorar á sus descendientes legítimos, aun cuando en los mismos bienes no haya frutos pendientes.

17. Siempre que caduca el título de la mejora, debe el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que aquella se hizo. Lo mismo sucede en la donacion por causa de muerte, pues como está suspensa y sin efecto mientras vive el testador, debe restituirse la cosa que se donó con los frutos adquiridos desde que se hizo la donacion si ésta ha sido revocada. Lo propio ha de decirse de la condicional, que por no cumplirse la condicion, se desvanece como si nunca se hubiera hecho.

18. Si el título de la mejora se hiciera enteramente nulo, porque se revoca, se debe restituir la cosa donada, mas no los frutos. Así aunque por el nacimiento de los hijos se revoca la donacion (1), solo se vuelven los frutos adquiridos desde el dia en que tuvo la noticia el donatario; porque no son parte de la cosa donada para que se restituyan con ella. Esto procede aun con respecto á los frutos naturales, pues aunque el título sea revocable, sin embargo mientras posee es verdadero dueño, y así los adquiere, y puede pedir las espensas y mejoras hechas en la cosa donada, sin estar obligado á compensarlas con ellos. En este caso basta que el donatario tenga noticia

del nacimiento del hijo no siendo necesario que el donante espresé que quiere revocar la donacion, como algunos afirman, pues el donatario no ignora desde entonces que posee sin título, ó al menos con título nulo, que es lo mismo que no tenerlo; y de consigniente es poseedor de mala fé, y como tal debe restituir los frutos que queden líquidos, deducidas las espensas hechas en sus labores, siembra y recolecciones (1). Por consigniente no estará obligado á restituir los frutos percibidos antes de la noticia del nacimiento de los hijos, por haber sido poseedor de buena fé (2), pues éste hace suyos los percibidos hasta la contestacion del pleito, sean naturales ó industriales, porque se equipara al verdadero dueño en cuanto á ellos, háyalos adquirido por título oneroso ó lucrativo.

19. De lo dicho se infiere que cuando se hubiesen entregado los bienes de la mejora en vida del mejorante, transfiriéndose por consecuencia el dominio de ellos al mejorado, si se revocase la misma por ingratitud de éste, debe restituir los frutos desde el dia en que se hizo culpable de aquel delito, pues desde entonces es poseedor de mala fé; mas no se le podrán exigir los percibidos anteriormente, porque éstos los adquirió en concepto de ser verdadero dueño.

20. Lo mismo se deberá practicar en la mejora si revocare por haberse reservado el mejorante la facultad de hacerlo; pues como el mejorado se hace verdadero dueño, y semejante reserva no es ninguna condicion suspensiva que impida los efectos de la donacion, lucra los frutos de ésta ó de la mejora, cuyo título no deja de prevalecer desde el dia en que se hizo, sino desde el de su revocacion; y por

(1) Ley 8, tit. 4, part. 5.

(1) Ley 40, tit. 28, part. 3.

(2) Ley 39, tit. 28, part. 3.

lo mismo puede pedir las expensas y au- que tenga obligacion de compensarlos
mentos útiles hechos en sus bienes, sin } con sus frutos.

CAPÍTULO V.

¿SI LOS BIENES COLACIONABLES Y LA CUARTA MARITAL DEBEN SER COMPRENDIDOS EN LA COMPUTACION QUE SE HACE PARA DEDUCIR LAS MEJORAS?

1. ¿Qué debe tener presente el contador para proceder con acierto, y averiguar qué clase de bienes deben ser comprendidos en la computacion que se hace para deducir las mejoras?

2. Precediendo la dote ó la donacion, no se deberá sacar de su importe la mejora posterior hecha por el testador.

3. La disposicion de la ley 25 de Toro debe ampliarse no solo á la dote entregada sino tambien á la prometida.

4 al 6. Limitaciones que padece la doctrina de la citada ley.

7 al 10. Dando prestadas el padre ó la madre al hijo ó hija que está fuera de su poder algunas cantidades para subvenir á sus urgencias, y disponiendo en última voluntad del tercio y quinto, habiéndose además obligado el hijo ó hija por vale ú otro documento á su devolucion, y no cumpliéndolo, ¿se deducirá de su importe el tercio y quinto?

11. Si el testador hubiere hecho en vida donacion simple á un hijo de cosa ó cantidad inferior al tercio y quinto de sus bienes, y luego en testamento mejorase á otro en dicho tercio y quinto, ¿como se procederá en cuanto á la deducccion de la mejora?

12. Si el padre por contrato oneroso, ó por otro irrevocable, mejoró á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos, ¿que deberá tenerse presente para la deducccion de la mejora?

13 al 15. Casos que deben distinguirse para resolver la cuestion anterior.

16. Si el padre teniendo tres ó mas hijos entregase por via de dote ó donacion *propter nuptias*, sus respectivas legítimas, y despues mejorase á uno de ellos, sin dejar á su fallecimiento mas bienes que el importe de dicho tercio y quinto, ¿qué deberá hacerse para saber si sacará de estos solos la mejora, ó deberán colacionar los hijos sus legítimas para deducirla?

17. Legando el testador á un descendiente ó estraño el quinto de sus bienes ó disponiendo de él á favor de su alma, deberá deducirse éste de los bienes que se encuentren al tiempo de su muerte.

18 y 19. ¿Si la cuarta marital que la ley concede á la viuda se ha de incluir en la computacion que se hace para deducir la mejora de tercio y quinto?

20 y 21. ¿Si se computará la cuarta marital en el caso de que el marido hubiese mejorado irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio, antes de casarse la segunda vez?

1. Para que el partidor proceda con las demás donaciones colacionables (1), el acierto debido, y sepa qué clase de bienes han de ser comprendidos en la computacion que se hace para deducir las mejoras, deberá tener presente que por nuestro derecho está prohibido sacar el tercio y quinto no solo de las dotes y donaciones *propter nuptias*, sino tambien segun lo ordena la ley 25 de Toro (2) que dice: „El tercio y quinto de mejora „fecho por el testador non se saque de „las dotes, y donaciones *propter nuptias*,

(1) De esta clase de bienen trataremos en el tit. siguiente.

(2) Ley 9, tit. 8, lib. 10. N. R.

„ni de las otras donaciones que los hijos, ó descendientes trajeren á colacion y particion.”

2. Así que precediendo la dote dada á la hija, ó la donacion entregada al hijo de cualquier especie que sea, no debe deducirse de su importe la mejora posterior hecha por el padre ni parte de ella, ni colacionarla sino es para igualarlos con los coherederos en sus legítimas. Tampoco deberá acumularse con el importe de los bienes líquidos inventariados, para que la mejora sea mas cuantiosa, si le cabe en su haber; porque despues que el padre ó madre dotaron á su hija, ó en vida hicieron donacion al hijo, y se desprendieron de los bienes que les entregaron, quedaron privados de toda accion y facultad para disponer de ellos, pues por su entrega se constituyeron del patrimonio de los mismos hijos á quienes se transfirió su dominio. Además, si se sacase de dichos bienes ó de su importe el de la mejora posterior, se disminuirán la dote y donaciones anteriores, tocando menos por su legítima á los donatarios y dotada, y teniendo que restituir parte de ellos solo porque tuviese mayor utilidad el mejorado, lo cual seria injusto; y aun cuando no se disminuyesen ni tuviesen que restituir, porque les cupiese en su haber, llevarian por sus legítimas, menos que lo que les tocara y percibirian á no deducirse de ellos la mejora.

3. Aunque segun las palabras de la ley *trajeren á colacion y particion*, pudiera deducirse que su disposicion tan solo es relativa á la dote entregada y no á la prometida, por denotar y suponer aquellas que está en poder del yerno ó hija; debe sin embargo ampliarse á la ofrecida igualmente que á aquella, porque los bienes prometidos aunque existen en

poder del testador no son suyos, por estar obligado á su entrega; y así es lo mismo que si estuvieran entregados, pues la hija y su marido luego que se celebró su casamiento adquirieron derecho á que se les entregase, por cuya razon se contempla existen interina y confidencialmente, ó en depósito en poder de su padre, el cual puede ser compelido á su entrega. Y como la mejora debe hacerse de bienes que realmente sean suyos, no teniendo esta calidad los que está debiendo, ó que se hayan afectos al cumplimiento de una obligacion, se amplia por estas razones la disposicion de la citada ley 25 de Toro á la dote prometida, como si estuviere entregada. Lo mismo tiene lugar con respecto á la donacion *propter nuptias* y otras donaciones con causa, aunque no estén entregadas, si están prometidas, porque existe la misma razon.

4. La doctrina de esta ley padece dos limitaciones. Primera, cuando el testador mejoró irrevocablemente en el tercio y quinto de todos sus bienes á un descendiente, y despues hizo á otro alguna donacion *propter nuptias* ú otra con causa necesaria; pues entonces se deducirá y exigirá efectivamente la mejora. La razon es, porque el ascendiente tiene facultad legal de mejorar irrevocablemente en contrato á alguno de sus legítimos descendientes en tercio y quinto de sus bienes; y constituyendo en esta forma la mejora, adquiere el mejorado derecho á su importe en el todo, no solo de los que tiene al tiempo de su constitucion, sino de los que despues adquiere hasta su muerte. Además, los bienes que desmembra de su caudal con la dote y donaciones posteriores, son y deben entenderse parte de legítima de la dotada y donatarios; y siendo la mejora irrevocable y pre-

cediendo á las donaciones, es claro que se ha de deducir de ellas, por no conceptuarse mejorado en cosa alguna el donatario posterior, y para hacer la deducción se deberán acumular al líquido caudal inventariado y partible; pues de lo contrario serian ilusorias la ley 17 de Toro y las demás que constituyen irrevocable la mejora, y contrarias entre sí la misma ley 17 y la 25.

5. Además de lo dicho en el número anterior, estaria en la libre potestad y arbitrio de los mejorantes el defraudar á los que habian mejorado, y en perjuicio de éstos disponer despues de sus bienes, sin dejarles que heredar en concepto de mejorados á pretesto de ser onerosas las donaciones posteriores; por lo cual no cabe duda que en el caso propuesto debe deducirse la mejora irrevocable precedente, de la dote y demás donaciones posteriores, y para ello considerarse y acumularse su importe, como si existiera entre los bienes partibles; y si lo donado excediese á lo que el donatario ó dotada debe percibir por su legítima, lo deben restituir. Esto se entiende á menos que al tiempo de hacerse la donacion del tercio y quinto se pacte que ha de surtir el efecto y circunscribirse al tiempo en que se hace y no al de la muerte del mejorante; pues en este caso no se deducirá de la dote y donacion posteriores; porque los contratos reciben toda su fuerza del convenio de los contrayentes, y este pacto puede hacerse por no estar prohibido.

6. La segunda limitacion es cuando la dote fué inoficiosa, y el padre mejoró posteriormente á algun hijo, pues entonces, mediante á que la hija no puede ser mejorada en contrato por razon de dote y casamiento (1), si se verifica su inofi-

ciosidad, debe restituirse el exceso á los coherederos. Mas esta limitacion se entiende cuando resulta la inoficiosa, considerados y unidos los bienes con que la hija fué dotada, y lo que dejó su padre bajado el quinto de éstos, y no cuando se verifica solamente por causa de la deducción del tercio; pues en este caso parece no estar obligada á restituir el exceso de la legítima disminuida, que por deducir el tercio aparece tocarla; porque la ley que dispone que no sea mejorada en contrato, no prohibe que lleve la legítima completa de todos los bienes del testador, ni manda que ésta se compute y considere despues de sacada la mejora, ó que se deduzcan primero el tercio y quinto, para ver si le cabe ó no lo que tiene tomado.

7. Si el padre hubiere prestado algunas cantidades á un hijo ó hija que no estuviere en su poder, y dispuesto en última voluntad del tercio ó quinto, y habiéndose obligado el referido hijo ó hija por vale ó por escritura á devolvérselas como prestadas, no lo cumpliese, ni el padre las exigiese judicial ni estrajudicialmente; se duda si se deducirá de su importe el tercio ó quinto. A primera vista parece que sí, porque el hijo ó hija que está fuera de la patria potestad, pueden celebrar contratos con sus padres sin obstáculo legal, del mismo modo que un extraño; y así como si éste fuera el deudor se deduciria el tercio y quinto de lo que importase la denda, como que era parte del caudal del difunto, del mismo modo deben rebajarse de la del hijo ó hija.

8. Sin embargo de esta razon, y de la obligacion constituida por el vale ó escritura, parece mas conforme que cabiendo la cantidad prestada en la legítima que corresponda al hijo ó hija, no ha de reputarse por mútuo, sino como anti-

(1) Ley 1, tit. 1, lib. 10. N. R.

cipacion de aquella, y que por consiguiente tampoco debe deducirse de su importe el tercio y quinto, aunque el mismo mutuario sea el legatario ó mejorado en ellos, por las consideraciones siguientes: 1.ª Porque los hijos estén ó no en la patria potestad, son acreedores legales y naturales á los bienes de sus padres, y cuasi dueños de ellos, y no se debe llamar deudor de otro al que de rigurosa justicia tiene derecho claro y espedito á sus bienes: 2.ª Porque en atencion á este derecho de los hijos á los bienes de sus padres, á quienes naturalmente han de sobrevivir y heredar, debe presumirse segun hemos indicado, que dicha cantidad no fué dada en concepto de préstamo como si fueran estraños, sino que fué anticipada en cuenta de su legítima. 3.ª Porque la ley 25 de Toro, que prohíbe sacar tercio y quinto, no solo de las dotes y donaciones *propter nuptias*, sino tambien de las otras donaciones que los ascendientes legítimos colacionan, habla en general sin hacer distincion ni mencion alguna de cualidad, condiciones ni requisitos que han de intervenir en estas donaciones. 4.ª Porque las leyes no imponen á los descendientes legítimos la obligacion de devolver á la herencia de sus ascendientes lo que de éstos recibieron, sino únicamente la de colacionarlo, como se dirá en el título siguiente; y de cuya obligacion no puede eximirse, ya se hiciere la donacion á cuenta de legítima, ó ya en concepto de mejora: 5.ª Porque es supérfluo é inútil el que los hijos restituyan á la herencia de sus padres lo que al instante vuelven á percibir indispensablemente, por corresponderles de rigurosa justicia.

9. Otras razones pudieran alegarse en apoyo de esta opinion; pero creemos suficientes las espuestas; porque aun su-

poniendo que al principio fué la intencion del padre hacer un préstamo al hijo, y como tal se gradúe, cesa la obligacion de restitution ó devolucion que tenia contraida éste desde el momento mismo en que aquel fallece, muda desde entonces su cualidad y naturaleza por las circunstancias de los interesados, y se convierte por disposicion legal en la de compensar lo que tenia recibido y admitido como anticipado y entregado á cuenta de la parte que le corresponde de la herencia paterna; y á este efecto puede retenerlo en su poder como propio, siempre que no exceda de su legítima. Por consiguiente, no debe agregar al cuerpo del caudal la cantidad recibida en calidad de deuda real y verdadera con el objeto de que se deduzca de todo el tercio, y quinto, sino que la deberá aportar á fin de que se le impute en vacío como recibida.

10. Mas si en los resguardos ó recibos se espresase que lo donado se ha de tener y estimar por caudal del donante, como si al tiempo de morir existiera en su poder, y del mismo modo que si el hijo ó hija fueran estraños, y que en este concepto se reserva la facultad de disponer de él, del mismo que de todos sus otros bienes, declarando que no debe reputarse como legítima anticipada; en tal caso, á consecuencia del consentimiento del mutuario y del pacto reservativo, que ninguna ley prohíbe, se podrán sacar tercio y quinto de lo entregado á sus hijos en la propia forma que de lo que tiene en su poder cuando fallece; lo mismo deberá practicarse siempre que de algun modo conste claramente que ésta hubiese sido su voluntad.

11. Si el testador hubiese hecho en vida donacion simple á un hijo de cosa ó cantidad inferior al tercio y quinto de

sus bienes (en la cual se entiende tácitamente mejorado), y luego por testamento mejorase espresamente á otro en dicho tercio y quinto, dúdase cómo se procederá en cuanto á la deducccion de la mejora. Para formar una idea mas clara de este caso, y resolver con acierto qualquiera duda que ocurra, será conveniente reducirle á un ejemplo práctico del modo siguiente: Un padre que tenia tres ó mas hijos hizo donacion simple, entregando al uno de ellos diez mil pesos ó una cosa que los valia, y en la cual se entiende tácitamente mejorado. Despues mejoró espresamente en testamento ú otra última voluntad á otro hijo en el tercio y quinto de sus bienes, dejando en líquido caudal ciento veinte mil pesos. Para hacer dicha deducccion deberán agregarse numéricamente los diez mil de la donacion entregados en vida, á los ciento veinte mil inventariados, y compondrán ambas partidas ciento treinta mil. De éstos se deducirá el total de la mejora de tercio y quinto, se dejarán al donatario los diez mil que en cuenta de mejora tácita tiene en su poder, y debe colacionar para que no perciba mas de lo que el donante pudo dar en vida y muerte á entrambos mejorados; y la cantidad restante de dicho tercio y quinto se aplicará al hijo mejorado en testamento. Este es un caso muy frecuente en las particiones, digno por tanto de la mayor atención. Febrero propone cuatro modos diversos de hacer esta cuenta; pero rebate con sólidas razones los tres restantes, decidiéndose por el que va espuesto, porque además de no oponerse á ley alguna, concilia los intereses de los dos mejorados, sin perjudicar en nada á las legítimas.

12. Si el padre por contrato oneroso, ó por otro irrevocable mejorase espresamente á un hijo en el tercio de sus bie-

nes, ó le hiciese donacion *propter nuptias*, entregándole parte ó el todo de dicha mejora ó donacion, y despues por última voluntad le mejorase en dicho tercio, dúdase si para la deducccion de la mejora se deberá ó no hacer la acumulacion y computacion de lo entregado en vida al hijo, ó si ha de deducirse únicamente de los bienes que el testador deja al tiempo de su muerte, y agregarse el residuo con lo entregado para dividirlo todo igualmente entre todos los herederos como legítima. Contiene esta dificultad dos casos distintos, los cuales se deberán resolver de diverso modo, y no confundirse uno con otro.

13. En cuanto al primero debe tenerse presente, que el ser un hijo solo ó dos los mejorados, no muda el espíritu de las leyes, ni la esencia de sus disposiciones, y mucho menos versando para su resolucion un fundamento muy atendible, á saber, el ser mejora espresa, con entrega de parte de ella al mejorado en cuenta del total que le puede caber en vida y muerte; y así, si cuando es tácita, se deben hacer la acumulacion y computacion referidas, con mayor razon siendo espresa; porque cesa toda duda, y está clara la voluntad del mejorante, el cual quiso que en vida empezase el hijo á disfrutar de la mejora, entregándole al efecto parte de los bienes que la habian de componer, para que despues de su muerte recibiese lo restante hasta su complemento como si no hubiera intervenido dicha entrega.

14. Mas para hacer esta deducccion es de advertir, que respecto no haber mejora de quinto se separará previamente hasta el importe de éste los gastos del funeral, misas, legados y todo lo demás que segun la ley 30 de Toro corresponde deducir del quinto; el cual se ha

de rebajar de los bienes del testador, y no de los entregados á cuenta del tercio; y de lo restante se hará la acumulacion y computacion, porque por el hecho de no haberlo mejorado en él, se supone haberlo reservado para disponer á su arbitrio de lo que importase. Si quedase algo del quinto despues de hechos los gastos correspondientes, se agregará. Éste solamente al resto de los bienes inventariados, y unido todo con lo que el mejorado habia recibido, se verá si tiene ó no que percibir alguna cosa por su mejora. Si no le cupiese todo en ella, recibirá el exceso en cuenta de legítima; pero no percibirá cosa alguna si nada sobrare del quinto; y esta es la única diferencia que existe en este caso y el anterior, porque en aquel habia mejora de quinto, y en éste solo del tercio. Es de advertir, que si el testador hizo donacion simple á un hijo en vida, y despues por última disposicion la mejoró en el tercio en union con otro hermano suyo, partirán ambos igualmente el total de la mejora, recibiendo en cuenta el donatario lo que en vida percibió; á no ser que el mejorante disponga dividan con igualdad el importe de la mejora de los bienes que deje, y que lleve además el donatario lo que le donó, en cuyo caso así se efectuará.

15. El segundo extremo contenido en la dificultad propuesta, es relativo á si habiendo hecho el testador donacion *propter nuptias* ú otra de las colacionables á favor de un hijo, y entregándole parte ó el todo de ella, despues por su última voluntad lo mejorase en el tercio. En este caso se hará la cuenta del modo siguiente: Se deducirá la mejora de los bienes que deje el testador á su fallecimiento, sin unir á ellos por dicha deduccion los bienes de la donacion recibidos por el hijo; los cuales se agregarán al monto de

las legítimas, pues el hijo los recibió en cuenta de la suya, y ha de traerlos á colacion para que no sean perjudicados sus hermanos.

16. Si el padre teniendo tres ó mas hijos, entregase á cada uno por via de dote ó donacion *propter nuptias* sus respectivas legítimas disminuidas, esto es, quedándose con el tercio y quinto de los bienes que á la sazón poseyere, y despues mejorase á uno de ellos, sin dejar á su fallecimiento mas bienes que el importe de dicho tercio y quinto; para saber si se sacará de éstos solos la mejora, ó habrán de colacionar los hijos sus legítimas para deducirla, debe tenerse presente, que si el padre al tiempo de la entrega manifestó que se quedaba con el tercio y quinto para disponer de ellos integramente con arreglo á derecho, y que al efecto los hijos hubiesen de colacionar sus legítimas, deberán hacerlo así, pues las recibieron con esta condicion; pero si el padre nada hubiere espresado sobre el particular, no tendrá lugar la colocacion, porque ya hicieron suyas las legítimas, y la ley prohíbe que se mejore en bienes ajenos; por consiguiente, el mejorado llevará el tercio y remanente del quinto de los bienes que dejó el padre, repartiéndose con igualdad el sobrante entre todos los hijos.

17. Si el testador legare á un descendiente ó estraño el quinto de sus bienes, ó dispusiere de él á favor de su alma, deberá deducirse éste de los bienes que se encuentren en su herencia cuando muera, y no de los que colacionen los hijos á causa de habérselos dado en vida, por las siguientes razones: 1.ª Por que el hijo hizo suyo lo recibido, y por consiguiente el padre no pudo legar nada de ello como cosa ajena, y no comprendida en sus bienes propios. 2.ª Por

que la colacion se introdujo para igualar á los hijos en el haber que les corresponde, y si de los bienes colacionables se dedujese el quinto, resultaria desfalco en ellos; perjuicio que trató la ley de evitar por medio de la colacion. 3.^o Porque el quinto es cuota de bienes, como las legítimas, y para computarlo debe atenderse al tiempo de la muerte del testador.

18. Pasemos ahora á examinar si en la computacion que se hace para deducir la mejora de tercio y quinto, ha de incluirse ó no la cuarta marital que la ley concede á las viudas. Pero antes hay que advertir, que los legisladores considerando la miseria y desamparo de la viuda, y con el fin de mitigar su dolor, estimularla á que viviere castamente, y evitar que por la indigencia se prostituyese en desdoro y oprobio suyo, y de su difunto marido, aunque no la concedieren alimentos, por no gravar á los herederos de éste con la obligacion de dárselos de sus bienes (á menos que se los legase el marido, ó queda embarazada, ó mientras la restituyen su dote); dispusieron justamente que si quedase tan pobre al tiempo de la muerte de su marido que no tuviese bienes propios con que alimentarse, ni éste la dejase con que vivir segun su calidad, y sus hijos heredasen una cuantiosa herencia del padre, tuviese derecho á la cuarta parte de ésta, como se dijo al final del cap. 2.^o tit. 14 del libro 2.^o, con tal que no exceda de cien libras de oro. Esta cuarta marital corresponde á la viuda aun quando con su trabajo pueda ganar el sustento, porque además de no ser éste seguro, se la concede para consuelo de la pérdida de su esposo, y para vivir con el decoro debido á su clase, y tambien la corresponde aunque despues adquiera bienes por otra parte, en razon de que se atiende al tiempo de la muerte del ma-

rido y no al posterior, porque es eventual. Tambien tiene derecho á ella, aun quando el marido le legue el quinto, y mande que se contente con él, siempre que no alcance para su decente manutencion, porque es débito necesario. Pasando la viuda á segundas nupcias, está obligada á reservar á los hijos la propiedad de la cuarta, y gozará solamente de su usufructo mientras viva, segun se dijo en el capítulo citado.

19. Dicha cuarta no se ha de computar para la deducccion del tercio y quinto, sino que deberá bajarse de los bienes del marido antes que se haga la deducccion de la mejora, como deuda legal y necesaria, segun se practica con las demás que deja quando fallece. La razon es, porque no se considera como donacion que hace á su muger, sino como débito que contrae á su favor en fuerza de la concesion legal por el hecho de casarse con ella siendo pobre, á cuyo importe adquiere aquella derecho en caso que no le asigne lo suficiente para vivir con la decencia correspondiente á su clase.

20. Si el padre mejorase irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio antes de casarse segunda vez, se deducirá la cuarta con preferencia á la mejora, aun quando á primera vista parece que deberia practicarse lo contrario. La razon es, porque si bien tiene la donacion el carácter de irrevocable, esto sirve solamente para que el hijo no deje de percibir la mejora quando fallezca el padre; mas no para disminuir la cuarta; porque ésta, como queda dicho, es una deuda necesaria contraida antes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos y propios del testador al tiempo que fallece; y como entonces está ya contraida esta deuda de la cuarta, y su importe como débito

legal no es suyo sino de su viuda, he aquí por qué debe deducirse antes que la mejora, ya sea hecha á hijo del anterior matrimonio ó ya del último.

21. Mas esta doctrina solo tiene lugar cuando el padre antes de casarse no hizo entrega al hijo de la cosa en que consista la mejora, porque si así se verificó, no se acumulará ni computará su importe respecto á que cuando se contrajo el débito ya era dueño el mejorado de lo que aquel le donó; y no puede obligarle á pagar las deudas del mejorante; por cuya razon se sacará únicamente la cuarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al contraer el segundo matrimonio ya no eran suyos. En cuanto si compete ó no al marido pobre, véase lo dicho en el capítulo 2.º, tít. 14 del lib. 2.º Supuesto

el caso de que la perciba, se duda si estará obligado á satisfacer los gastos funerarios de su muger de lo que importe, ó se ha de deducir la cuarta para él, y luego el quinto y de éste pagarse. Lo mas equitativo parece que primero se ha de sacar la cuarta que el quinto, por ser deuda y cosa agena, si bien es cierto que sobre este particular hay divergencia de opiniones. En orden á si la cuarta marital se debe deducir ó no de los bienes confiscados al marido, Febrero defiende la afirmativa por igual razon de ser deuda contra ellos; mas abolida la confiscacion por nuestras leyes modernas, no puede ya tener lugar esta doctrina. Por último, acerca de los bienes que debe reservar el cónyuge que contrae segundas nupcias, téngase presente lo dicho en el tít. 15 del lib. 2.º

CAPÍTULO VI.

DE LA DIVISION DE LOS BIENES ENTRE LOS ASCENDIENTES DEL DIFUNTO.

1. No teniendo hijos ó descendientes legítimos el testador, sucederán sus ascendientes.
2. En esta sucesion no se debe hacer diferencia ni separacion de bienes.
3. Esto no tendrá lugar donde haya costumbre de que los bienes vuelvan al tronco ó la raiz á la raiz.
4. ¿Si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de los bienes adventicios á favor de un extraño?
5. ¿Si los gastos del funeral se han de sacar del tercio por las mismas razones que se deducen del quinto?

1. Habiéndose espuesto en el cap. 5.º tít. 14 del libro 2.º toda la doctrina concerniente á la sucesion testamentaria de los ascendientes con respecto á sus descendientes, muy poco nos resta que añadir en este lugar, por cuya razon podrá el partidor ocurrir allí en los casos que se le presenten. En dicho capítulo dijimos que no teniendo el testador hijos ó descendientes legítimos sucederán los ascendientes, pues tambien son herederos

forzosos (1); bien que éstos suceden segun la proximidad de grado del parentesco, de modo que el mas cercano excluye al mas remoto; pues entre los ascendientes no hay derecho de representacion. Por consiguiente si alguno muriese dejando madre, pero no padre, y si abuelos paternos, aquella será la heredera con exclusion de éstos.

(1) *Leyes 1, tít. 20, lib. 10, N. R.*

2. En esta clase de herencias no debe hacerse division de bienes paternos ó maternos, es decir, no hay obligacion de que los bienes que el hijo hubo y heredó de su padre y abuelo paterno ó por su causa y atencion, vuelvan al padre ó ascendiente por la línea paterna, y los que adquirió de su madre y abuela materna, ó por su respeto á los de esta línea; sino que todos han de partirse indistintamente entre los que fueren del mismo grado.

3. Sin embargo, no en todas partes está en rigurosa observancia la disposicion general de la ley 6 de Toro, pues segun dijimos en el cap. 3.º tit. 14 del libro 2.º, hay algunos pueblos en que se sucede de otro modo en los bienes raices patrimoniales, y ella misma los exceptúa dejando en su fuerza y vigor el fuero municipal ó costumbre de suceder á sus moradores: „Lo cual mandamos que se guarde (concluye la citada ley), salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.”

4. En cuanto á si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de los bienes adventicios en propiedad y usufructo á favor de un estraño, ó solamente en propiedad para que al padre quede el usufructo mientras viva, hay diversas opiniones; pero la mas fundada parece la de aquellos que conceden al hijo la facultad de disponer del tercio de

dichos bienes en propiedad y usufructo, y así se observa en la práctica: lo 1.º Porque la ley autoriza á los hijos para que llegando á la pubertad puedan testar aunque estén bajo la patria potestad, como si se hallasen fuera de ella: lo 2.º Porque verificándose la muerte del testador, que es cuando empieza á tener efecto el testamento, se consolida la propiedad con el usufructo. A este propósito debe tenerse presente que el padre pierde en vida dicho usufructo por las causas siguientes: 1.º Si entrare y profesare en alguna órden religiosa: 2.º Si por disipador se le quiten los bienes del hijo: 3.º Si por algun delito se le impusiere la pena de arsenales ó presidio: 4.º Si fuere *encartado*, esto es, emplazado por edictos y condenado en rebeldía: este modo de sustanciar las causas criminales en el dia no se practica, como se advertirá en su lugar oportuno.

5. Por lo que toca á los gastos del funeral, y si deben sacarse del tercio ó del quinto, véase lo que se dijo en el número 10 del citado capítulo, donde se espuso la opinion mas probable en esta cuestion en la que hay divergencia de pareceres. En cuanto á si pueden ser escludidos de la herencia los ascendientes por el pacto recíproco que haga el hijo casado y su muger de sucederse mutuamente, tenga presente el partidido lo manifestado en el número 6 del capítulo ante dicho.

CONCLUSION DEL TRATADO DE PARTICIONES.

TITULO 22.

De la colacion de los bienes.

CAPÍTULO I.

DE LOS DIFERENTES MODOS DE HACER LA COLACION DE BIENES, Y REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE ÉSTA SE VERIFIQUE.

1. Objeto principal de este capítulo.
2. ¿Qué cosa es colacion?
3. ¿Cuándo y en qué casos deberá hacerse la colacion?
4. ¿En qué casos no se deberá hacer?
5. ¿De cuántos modos puede hacerse la colacion?
6. ¿Qué fué la imputacion en un principio?
7. ¿En qué se diferencian la imputacion y la colacion?
8. Debe colacionarse la misma cosa y por su estimacion excepto en los casos que allí se expresan.
9. Circunstancias que se requieren para que tenga lugar la colacion.
10. En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y demás descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio.
11. Entre los herederos estraños instituidos solos ó juntos no tiene lugar la colacion.
- 12 y 13. No tiene lugar entre los colaterales ni entre los ascendientes.
14. Tampoco lo tiene con el hijo legitimado por el soberano ni con el adoptivo.
15. ¿Si está obligado á colacionar el hijo ó hija escluidos de heredar por estatuto ó costumbre del pueblo?
16. Cuando los nietos entran á heredar al abuelo por muerte de su padre, no tienen obligacion de colacionar lo que en vida les dió éste.
17. Los nietos que recibieron despues de muertos sus padres algo de sus abuelos están obligados á colacionarlo.
18. Los nietos tienen igual obligacion que sus padres de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á éstos.
19. ¿En qué casos no están obligados los nietos á hacer la colacion concurriendo con sus tios?
20. ¿Si un padre que tenia hijos de dos matrimonios, y casa durante el segundo á dos, deben hacer dos colaciones?

1. Dúdase si han de imputarse en la parte de la legítima las donaciones ó gastos que hacen á veces los padres, cuando ponen en estado á alguno de sus hijos, ó los dedican á la carrera militar ó literaria, ó en otras ocasiones sin expresar si es ó no en cuenta de la misma; ó si han de considerarse como donaciones simples, procedentes de mera liberalidad y de consiguiente si son ó no colacionables, suscitándose con este motivo pleitos que disminuyen mucho y aniquilan las herencias. Así pues, deseando evitarlos y que el contador encuentre lo que necesite en los casos que ocurran, procuraré esponer esta doctrina con la claridad posible, no obs-

tante, la divergencia de opiniones entre los mas célebres jurisconsultos sobre muchos puntos de esta materia tan árdua, á causa de la antinomia ó contrariedad que por falta de discernimiento y espresion tienen algunas de nuestras leyes; adhiriéndome en los casos confusos al dictámen mas conforme con el espuesto de aquellas; y dando al partidior para su gobierno reglas ciertas que verá en adelante.

2. Los hijos y demás descendientes legítimos que sean herederos, deben llevar á particion los bienes que recibieron del caudal paterno ó materno en vida de sus padres, para que contándoselos como parte de su legítima, se haga la division con la debida igualdad entre todos los herederos, y esto es lo que se llama colacionar.

3. Debe hacerse la colacion, muera testado ó intestado el donante, en tres casos: 1.º Cuando el padre ó ascendiente mandó espresamente al hijo ó hija que la hiciese de lo que le habia dado: 2.º Cuando por congeturas aparece que la voluntad del padre fué que los bienes que habia donado se colacionasen: 3.º Cuando se duda si el padre lo quiso ó no, pues entonces debe presumirse que quiso mas bien anticipar al hijo en vida su legítima que ser liberal con él, induciendo desigualdad entre los demás hijos.

4. No se hará la colacion si el padre la prohibiere espresamente: debiéndose esto entender siempre que segun nuestro derecho no excedan los bienes donados de lo que puede tocar al donatario por su legítima y mejora, pues habiendo exceso deberá hacerla del importe de éste y restituirlo. No se imputarán por legítima ni mejora las donaciones ó gastos que tengan por objeto el ir á la guerra ó estudiar, ó seguir otra carrera de honor y útil á la familia y al Estado, pues éstos están exen-

tos de la colacion, como se dirá despues.

5. La colacion puede hacerse de varios modos: 1.º Por manifestacion que es presentando el donatario la misma cosa que percibió si existe y puede colacionarla: 2.º Por liberacion, que es cuando solo se le prometió la cosa y no se le entregó: 3.º Por imputacion, que es contarle ó imputarle en su haber la cosa colacionada, para que perciba de la herencia otro tanto menos cuanto fuere el importe de aquella, á causa de no poder manifestarla por no existir, ó por carecer de facultad para su manifestacion como sucede en la dote de que está poseionado el marido; pues la muger se halla imposibilitada de verificarlo y éste es el modo mas frecuente.

6. Fué la imputacion en un principio un remedio introducido por el derecho romano para escluir la queja de inoficioso testamento. En virtud de este remedio podia el hijo á quien su ascendiente dejaba menos de la legítima que se le debia, intentar el suplemento de ésta con tal que recibiese en cuenta y se le imputase en ella lo que su padre ó ascendiente le habia dado. No tenia lugar cuando el hijo era preterido ó desheredado con causa legal, ó por el contrario instituido en toda su legítima; y si solo cuando el testador le dejaba menos que ésta, y añadia que nada mas recibiese de sus bienes.

7. Se diferencia la imputacion y la colacion propiamente dichas: 1.º En que aquella fué introducida así en favor de los hijos con objeto de que no fuesen privados de su legítima, como de sus padres para que sus testamentos no se rompieran y anularan. Pero la colacion se introdujo en otro tiempo por la injuria que los hijos emancipados hacian á los que no lo estaban, y hoy se halla establecida para evitar la envidia y discordia en-

tre ellos: 2.º En que la imputacion no tiene lugar sino por testamento; y la colacion tanto por testamento como abintestato: 3.º En que la imputacion lo tiene, ya suceda el hijo con sus hermanos ó con estraños; pero la colacion solamente cuando suceden entre sí los hijos y descendientes legítimos; bien que ya sucedan los hermanos entre sí ó con estraños, se llama vulgarmente colacion: 4.º En que todo lo que se imputa se colaciona; mas no todo lo que se colaciona se imputa en la legítima. Varias diferencias traen los autores, las que se omiten por importar poco al contador.

8. Debe colacionarse regularmente hablando la misma cosa recibida, si existiere y no su estimacion (1), pues de no hacerse así resultarían perjudicados los coherederos, si pretendieren tener derecho á ella, y les acomodase; porque por la colacion se constituye hereditaria y como tal del patrimonio del difunto, por consiguiente no debe darse al interesado contra su voluntad la estimacion de la cosa en lugar de esta misma; porque si esto se permitiese se saltaría á la equidad que fué el principal motivo de establecerse la colacion. Sin embargo, no hay necesidad de llevar á colacion la misma cosa en los cuatro casos siguientes: 1.º Cuando los mismos interesados convienen en que se colacione la estimacion: 2.º Cuando no puede colacionarse la cosa ó hay gran dificultad para hacerlo: 3.º Si lo colacionable es de tal naturaleza que no agrada ni interesa á los coherederos: 4.º La dote mientras subsiste el matrimonio, pues basta conferir la estimacion de las

cosas dotales, y no hay obligacion de manifestarlas.

9. Para que tenga lugar la colacion se requieren las circunstancias siguientes: 1.ª Que el que la pide y aquel á quien se pide sean hijos ó descendientes legítimos del difunto, cuya herencia se trata de partir y que vengan á heredarla como tales descendientes é inmediatos herederos, y no como agnados ó cognados mas remotos que aquellos: 2.ª Que los referidos descendientes sucedan por título universal de tales herederos, y no por el particular de legatarios ó fideicomisarios; pues si suceden como tales percibirán el legado ó fideicomiso, sin obligacion de colacionar la dote ó donacion que recibieron en vida de sus padres ó madres, excepto que sea inoficioso el legado, en el cual procede lo que se ha dicho de la donacion (1): 3.ª Que los bienes cuya colacion se pretende, procedan del patrimonio de aquel á quien se hereda: 4.ª Que la cosa ó cantidad que se pretende traiga á colacion el legatario, la adquiera en vida del difunto cuya herencia se trata de dividir, porque si la adquiriese despues de su muerte en concepto de legado, fideicomiso ú otra donacion que se confirma por la última voluntad no es colacionable, á menos que el donante mande que la reciba en cuenta de su legítima: 5.ª Que á los hijos y descendientes legítimos entre quienes se trata de verificar la colacion, se les deba la legítima, pues de lo contrario no tendrá aquella lugar. Por ejemplo, si el abuelo dotase ó hiciese donacion al nieto ó á la nieta, no están obligados á colacionarla por muerte del abuelo, siempre que los viva su padre; porque existiendo éste no

(1) Véase lo que sobre este particular se dice en el núm. 21 del siguiente capítulo con respecto á los libros.

(1) Ley 4, tit. 5, part. 6.

son herederos ni se les debe legítima. 6. Que el hijo ó descendiente á quien se pida la colacion quiera ser heredero, pues si renunciare la herencia no estará obligado á colacionar lo recibido y podrá retenerlo, advirtiéndole que si excediese de la legítima y mejora del tercio y quinto ha de restituir el importe del exceso; y si se le prometió algo y no se le entregó, puede pedirlo, debiendo examinarse en ambos casos, si es inoficiosa la donacion.

10. En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion de sus hijos y descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, á quien se dejó abintestato la legítima, sin que haya diferencia de sexo, emancipacion ó patria potestad; es decir, sean todos varones ó hembras, estén ó no emancipados y fuera ó en poder de sus padres, concurren con ellos ó con otros emancipados, ó con los que no lo están, y sean ó no póstumos, si con arreglo á nuestras leyes (1) son capaces en naciendo de heredar á sus ascendientes.

11. Entre los herederos estraños sucediendo solos ó juntamente con los hijos del testador no ha lugar la colacion, pero sí entre estos solos; de modo que aunque los estraños no colacionen entre sí mismos, no dejarán por eso los hijos de llevar á colacion lo recibido como si fueran los únicos instituidos, y de ningún estraño se hiciera mencion.

12. Tampoco ha lugar la colacion entre los colaterales; porque prescindiendo de otras razones que traen los autores; las leyes que de ella tratan hablan solamente de los descendientes y no se debe ampliar á personas de quienes no

hacen ninguna mencion específica ni genérica.

13. Lo mismo debe entenderse por igual razon de los ascendientes, pues en las donaciones de padre á hijo se juzga que quiere guardar igualdad entre los hermanos, y de consiguiente que no le dona con ánimo de mejorarlo; pero cuando el descendiente hace donacion á un ascendiente, no es con el objeto de que haya igualdad ni por razon de legítima, puesto que segun el orden de la naturaleza no es igualmente creible que le ha de sobrevivir. Por otra parte, en el padre hay el peligro de que se deje llevar demasiado del amor ácia á un hijo que por él perjudique á los demás: cuyo riesgo no hay en el hijo respecto de su padre, y por tanto no se le prohíbe donar como á éste. Así pues, si dos ascendientes iguales en grado suceden á su descendiente, y uno de ellos recibió en vida alguna cosa de éste, no está obligado á colacionarla con el otro ascendiente, ya se haya hecho la donacion simplemente ya con causa. Hay sin embargo algunos autores que opinan que el ascendiente deberá colacionar lo que recibió en vida si excede del tercio de que el hijo puede solamente disponer; pero lo contrario es lo mas corriente y verdadero, de modo que solamente deberá hacerse la colacion en caso de que el descendiente haya hecho la donacion con la expresa condicion de colacionarla.

14. Tampoco tiene lugar la colacion con el hijo legitimado por rescripto del Príncipe, ni con el adoptivo habiendo hijos ó descendientes legítimos, porque con éstos ninguno de aquéllos concurre á heredar. Así mismo no la hay entre los hijos naturales, sucedan solos ó con otros legítimos, por no debérseles legítima.

(1) Leyes 1 y 2, tit. 13, part. 4 y 2, tit. 5, lib. 10, N. R.

15. En orden á si el hijo ó hija es- cluidos de heredar sea por estatuto ó por costumbre del pueblo, ó por haber renun- ciado con juramento sus legítimas pa- terna ó materna, han de colacionar ó no lo que en vida de sus padres recibieron, se debe hacer la distincion siguiente: ó son escluidos reservándose ó no alguna porcion, ó ellos mismos se escluyeron por la renuncia jurada que hicieron; si hubo reserva entonces como que no se les debe legítima no estarán obligados á colacionar, ni tampoco por la propia ra- zon cuando ellos se escluyeron por la re- nuncia jurada que hicieron; pero si no habiendo habido reserva á causa de que por todos derechos se les debe su legíti- ma, y si no obstante su exclusion los instituyesen herederos sus padres, como pueden hacerlo, deberán colacionar lo que recibieron de ellos; porque con la ins- titucion consiguiente adquieren todo el derecho de que estaban destituidos, como si no hubiera habido estatuto ó costum- bre ni renuncia.

16. Si habiendo dotado el padre ó hecho donacion de sus propios bienes á algun hijo ó hija, y después de la muer- te de aquel falleciere el abuelo de éstos, á quien hereda dicho nieto ó nieta y sus hermanos ó sus tios hermanos de su pa- dre, no tienen obligacion de colacionar la dote ó donacion, porque no se trata de partir los bienes del que la dió ó hizo, sino los del abuelo de quien nada hubie- ron, y así solo tendrá lugar la colacion, cuando se haya de dividir los paternos.

17. Los nietos, hijos ó hijas que re- cibieron algo de su abuelo ó abuela, des- pués de muerto su padre ó madre, están obligados á colacionarlos con los otros nietos ó con sus tios hermanos de su pa- dre ó madre, cuando hereden á su abue- lo ó abuela porque se les debe legítima,

y es visto habérselo anticipado en cuen- ta de ella; á menos que se lo hubieren dado por via de remuneracion, pues la donacion remuneratoria no es verdade- ra donacion, sino satisfaccion de lo que se debe. Pero si en vida de su padre le- ga el abuelo paterno á su nieta alguna cosa, no deberá colacionarla en cuenta de su legítima por muerte de ninguno de los dos, ni por la del abuelo, porque no está obligado á donarla ni es su here- dera viviendo su padre, ni de consiguie- te debe suponerse que se legó con áni- mo de que la compensara con su legíti- ma á menos que lo espresé; y no por la de su padre porque éste no se la dió ni salió de su patrimonio. Lo mismo suce- de cuando el padre deja algun legado á su hija propia, pues aunque está obliga- do á dotarla, no es de presumir que solo dejase con ánimo de compensarlo con su dote, porque no se haya en edad, y lo propio se verifica cuando el legado se hace de cosa que se debe á cierto día ó con condicion antes que se cumpla ésta ó llegue aquel, pues no se considera hecha con dicho ánimo.

18. Los nietos tienen igual obliga- cion que sus padres de colacionar lo que sus abuelos dieron á éstos en vida, y que por muerte de los mismos entró en su poder, porque suceden por trasmi- sion, ocupando el lugar de su padre ó madre, los cuales las colacionarian si vi- vieran; en cuyo caso los nietos y los her- manos se reputan en derecho por una persona para el efecto de suceder y en- trar en el lugar de su padre ó madre, y así heredarán llevando entre todos la porcion que éstos llevarian en caso de vivir, y cada uno de sus tios carnales otra tanta como todos los referidos nie- tos, por lo que no hay disparidad de gra- do que impida la colacion.

19. En dos casos sin embargo no estarán obligados los nietos á hacer la colacion, concurriendo con sus tios á la sucesion de su abuelo: 1.º Cuando el testador instituye por heredero á un hijo suyo en su legitima, y á sus nietos y á sus nietas hijos de otro hijo en los demás bienes suyos. En este caso no tiene lugar la colacion entre el hijo y nietos, ni entre éstos, porque los nietos no vienen como hijos para este efecto, sino como estraños, entre los cuales no se admite la colacion: 2.º Cuando los padres consumieron total ó parcialmente en su vida la dote ó donacion *propter nuptias* que los suyos les dieron, y los nietos de éstos por haber recibido poco ó nada de sus padres repudian su herencia, contentándose con la del abuelo ó abuela donantes que murieron despues de sus padres.

20. Si un padre que tenia hijos de dos matrimonios casase durante el segundo dos que habia habido del primero, dando á uno algo menos de lo que le tocaba por su legitima materna y al otro algo mas por cuenta de la paterna, expresando lo que les entregaba por cada una, debe el segundo hacer dos colaciones, la una con su hermano entero para

igualarse con él en el haber de su madre, y la otra con éste y con sus hermanos consanguíneos para igualarse en el del padre de todos. Por ejemplo, la herencia de la primera muger eran doscientos y el padre dió al uno cincuenta y al otro trescientos. En tal caso este último colacionará con el otro cincuenta que llevó mas de lo que debia haber por su madre y se los restituirá para que queden igualados, con lo cual vendrá á percibir cada uno ciento que le corresponden por la legitima materna; y luego con su mismo hermano entero y con los consanguíneos del segundo matrimonio colacionará los ciento cincuenta restantes como percibidos á cuenta de la paterna, porque todos son herederos de un padre cuya herencia se va á partir y si á entrambos los hubiese reintegrado su haber materno y dado además algo á cuenta del suyo, deberán colacionar con los consanguíneos lo recibido por cuenta del paterno, y por lo respectivo á su madre nada tendrán que colacionar entre sí por estar igualados, como ni tampoco con los del matrimonio segundo en caso que á cuenta del haber de su padre nada hayan percibido.

CAPÍTULO II.

BIENES QUE DEBEN COLACIONARSE.

1. Reglas que deben tenerse presentes para saber qué bienes son ó no colacionables.
2. Como consecuencia de la primera regla no debe colacionar el hijo el peculio castrense y cuasi castrense.
3. Tampoco están obligados los hijos á colacionar las pensiones, encomiendas, rentas vitalicias y demás donaciones que el soberano les hubiere hecho.
4. Pero deberán colacionar dichas pensiones ó rentas vitalicias cuando el padre las hubiere comprado al principio, aun cuando despues por gracia del legislador se transfieran á sus descendientes.
5. No debe colacionar el hijo los bienes adventicios que hubiere adquirido con su industria y trabajo personal.

6. Pero deberá colacionar el lucro que adquirió con los bienes ó dinero de su padre, sin poner trabajo suyo.

7. Si el hijo hubiese administrado los bienes de su padre á causa de hallarse viejo ó enfermo, y los demás hermanos no trabajaron ni lucraron nada por ser menores, ó por otra causa, podrá pedir por muerte del padre sus derechos de administracion.

8. No estará obligado el hijo á colacionar la donacion que el padre ó madre le hiciere en atencion á sus méritos.

9. Si despues de casado el hijo continuase el padre reteniendo el usufructo de sus bienes adventicios y no se le exigiese aquel durante su vida, podrá repetirlo de sus herederos.

10. Los frutos de capellanía, prebenda ó beneficio pertenecientes al hijo, y administrados por el padre, no le corresponden á éste de modo alguno.

11. Si el padre hubiere emancipado al hijo y dádole al mismo tiempo algun fundo, no está obligado á colacionarlo.

12. No está obligada la hija á colacionar el dinero que alguno le hubiere dado voluntariamente ó en virtud de sentencia condenatoria.

13. Tampoco está obligada á llevar á colocacion la dote y donacion *propter nuptias* que algun extraño le dió para casarse.

14. No debe colacionar conforme á la segunda regla el hijo lo que el padre hubiese espendido en darle carrera literaria ó militar.

15, 16 y 17. Limitacion que ponen varios autores á la regla anterior.

18. Sin embargo de estas limitaciones, como el padre tiene obligacion de mantener al hijo, mientras está bajo su potestad, se le cargará solamente el exceso de lo que dicho padre hubiese espendido en él, manteniéndolo segun su clase y calidad.

19. La protesta del padre mencionada en el núm. 16, debe hacerla al tiempo que envia al hijo á estudiar.

20. Tampoco están sujetos á colacion los gastos hechos por el padre para que el hijo siga alguna carrera de honor ó vaya á la guerra.

21 y 22. ¿Qué distincion se hará para saber si son ó no colacionables los libros que el padre hubiese comprado para el hijo?

23. Tampoco está obligado el hijo á colacionar lo que su padre empleó en proporcionarle algun honor inalterable.

24. Así mismo no llevará á colacion los gastos que sus padres hubiesen hecho para redimirlo de algun cautiverio.

25. Ni lo que el padre pagó voluntariamente por librarlo de la pena en que se le condenó por algun delito.

26. Opinion mas comun, acerca de si el hijo debe colacionar las espensas hechas por su padre para sacar bulas de obispado ú otra dignidad eclesiástica.

27. Diversidad de pareceres sobre si el hijo deberá colacionar la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse.

28. No está obligado el hijo á llevar á colacion los gastos causados en su carrera, cuando los frutos de sus bienes adventicios, administrados por su padre, son suficientes para compensarlos.

29. Tampoco está obligado á colacionar los gastos de regalos que el padre le hizo cuando se casó.

30. En órden á la tercera regla debe tenerse presente lo que se dijo sobre mejoras, añadiendo que para resolver las dudas que puedan ocurrir, si las donaciones que el padre hace á sus hijos son ó no colacionables, es preciso atender al testo literal de la 26 de Toro.

31 y 32. Modo de conciliar esta ley con la 29 y diferentes clases de donaciones.

33 y 34. ¿Qué deberá tenerse presente para saber si ha de colacionar lo que el abuelo difunto hubiese dado á la nieta viviendo el padre de ésta?

35. Segun la cuarta regla deben colacionar los descendientes legítimos, los bienes, donaciones y gastos que hubieron en vida y salieron de sus ascendientes.

36. Las hijas deben colacionar la dote y donacion *propter nuptias* que han recibido de sus padres.
37. Pero esto no tendrá lugar si se contentan con su dote y repudian la herencia.
38. Esta obligacion se amplía á las demás donaciones que recibieron de sus padres, por considerarse hechas por causa de matrimonio.
39. Tambien tienen que colacionar la dote las hijas que entran en religion y profesan.
40. El hijo deberá colacionar los vestidos y joyas que hubiesen sus padres dado á su novia.
41. Igualmente colacionarán los oficios públicos vendibles que hubieren adquirido con dinero de sus padres.
42. Deberán traer á colacion los hijos, las donaciones que sus padres les hubiesen hecho para pagar alguna deuda.
43. Debe colacionar el hijo que se halle en la patria potestad el usufructo de los bienes adventicios que su padre le donó espresamente.
44. El hijo emancipado deberá traer á colacion ó restituir su importe lo que dilapidó, consumió ó subtrajo de los bienes de su padre.
- 45 y 46. El nieto que repudia la herencia de su padre ó madre no está obligado á colacionar lo que éstos recibieron de su abuelo.
- 47 hasta el 56. ¿Qué debe tenerse presente para saber si el enfiteusis es ó no colacionable?

1. Para saber que bienes son ó no colacionables, deberán tenerse presentes las siguientes reglas. 1.º Los bienes propios de los hijos como que no provienen del patrimonio paterno no se deben colacionar: 2.º Así mismo no es colacionable lo que recibieron los hijos para sus alimentos y educacion, porque éstos se los debe el padre de derecho: 3.º Tampoco se traerá á colacion lo que el hijo hubiese recibido de sus padres por via de mejora: 4.º Todo lo demás que hubiesen recibido los hijos procedente del matrimonio del padre y que no pertenezca á alguna de las tres clases anteriores, debe traerse á colacion.

2. Como consecuencia de la primera regla no debe colacionar el hijo su peculio castrense y cuasi castrense, que es lo que gana por honorarios de administrador, ú otro oficio público, ó por ser juez, abogado, escribano, procurador, médico, maestro ó profesor de alguna ciencia, ó por tener otro empleo semejante (1). Lo propio sucede con lo que adquiera el clér-

rigo por razon de la Iglesia ó por otro medio adventicio esté ó no ordenado de orden sacro, si goza del privilegio del fuero; porque sin embargo que dicho orden no le exime de la patria potestad, como al obispo la dignidad episcopal, todo cuanto adquiere se reputa cuasi castrense, lo hace suyo y como tal no debe llevarlo á colacion (1).

3. Tampoco estarán obligados á colacionar el hijo ni la hija con sus hermanos las pensiones, encomiendas, rentas vitalicias y demás donaciones que el soberano les hubiere hecho, aun cuando fuese por los méritos y servicios del padre ó á ruego y súplica suya, y aun cuando por gracia pasen á los hijos y descendientes del concesionario. Lo mismo se verificará con respecto á los réditos y rentas anuales como juro que el padre transfiera con licencia á su hijo ó hija; pues todas estas donaciones se reputan cuasi castrenses y pertenecen en propiedad y usufructo al donatario ó concesionario.

4. Mas si al principio compró el pa-

(1) Ley 5, tit. 5, part. 5.

(1) Leyes 2 y 3, tit. 21 part. 1.

dre las pensiones ó renta vitalicia, aunque despues por gracia se transfieran á sus descendientes, deberá colacionarlas el hijo ó hija á quien se concedieron, porque como al principio no hubo liberalidad, sino un contrato oneroso, aunque luego la halla en la transmision á su posteridad, no debe ser tal el efecto que se reputen donaciones puras y exentas de colacionarse; por lo que se conceptúan réditos ó intereses del capital desembolsado por el padre en su compra, y que continúan como tales durante la voluntad del concedente; lo cual procede tambien cuando éste manda que el donatario las colacione. Si el soberano hiciere donacion de alguna cosa á dos distintos sugetos en diversos tiempos, será preferido el primero en la fecha de la donacion, aunque el segundo tome antes que él la posesion de la cosa donada, al modo que en las prebendas y beneficios á que no está anexo algun cargo, administracion ú oficio, tiene la preferencia el beneficiado á quien se confieren con fecha anterior, respecto del posterior que presentó primero las letras; pero si tuviere anexa alguna administracion, no se atiende al tiempo de su data sino al de la posesion.

5. Tampoco debe colacionar el hijo los bienes adventicios que hubiere adquirido, no con caudal paterno, sino con su industria y trabajo personal, cuya propiedad es privativa suya aunque el usufructo pertenece al padre mientras esté bajo su potestad el hijo (1); y por consiguien- te lo usufructado es colacionable, á menos que el padre haya dispuesto lo contrario. Son adventicios tambien los frutos de los bienes adventicios del hijo, que percibió despues de la tácita ó expresa remision de su padre, de modo que aquel

los hace plenamente suyos, y por lo mismo no debe traerlos á colacion con sus hermanos. Puede el padre hacerle dicha remision no solo en contrato, sino así mismo en última voluntad, aunque en vida haya callado; pero se observará lo contrario si su padre ó madre le remiten los suyos propios, porque como en este caso salen de su patrimonio, y por su remision se disminuye éste, deben colacionarlos.

6. Si el hijo adquirió todo el lucro con los bienes y dinero de su padre, sin poner trabajo suyo ó negocio en nombre de éste, espresándolo así en los contratos que hizo, deben considerarse como profecticio, pues viene á ser un factor ó procurador suyo, y como que comerciò en su nombre, y por su cuenta y riesgo, debe ser todo el lucro ó pérdida para el padre. Pero dudándose si lo adquirió con su mero trabajo, ó con los bienes de éste, percibirá la mitad, y la otra será para el padre ó para su testamentaria, como sucede entre los sócios, cuando uno pone el capital y otro la industria, pues no es justo que lo que el hijo gana con sus afanes y sudor lo lleven sus hermanos sin haber trabajado. Esto se entiende solo en el caso de que su padre no lo haya alimentado, porque si lo alimentó y estaba bajo su potestad, será todo el lucro para la testamentaria. Pero si estas ganancias se adquirieron por medio de usuras ó valiéndose de otros arbitrios ó medios ilfcitos y reprobados, nada deben participar de ellas, su padre ni hermanos, ni tampoco han de traerse á particion el lucro adquirido ilfcita ó torpemente, antes bien se deben restituir á su dueño, y si se ignorare éste, deberán distribuir las en limosnas, ó destinarlas á otras obras pías (1).

(1) Ley 5, tit. 15, part. 6.
TOM. I.

(1) Ley 2, tit. 15, part. 6, y su glos. 16 y sig.

7. Si el hijo hubiere administrado y gobernado por sí solo los bienes de su padre á causa de hallarse muy viejo ó imposibilitado, y los demás hermanos por ser menores ó por otro motivo nada lucraron ni trabajaron, podrá pedir despues de la muerte sus derechos por todo el tiempo de la administracion, y se le deben dar, cuyos derechos regulará el juez con prudencia y equidad, atendiendo al trabajo que hubiere empleado, y se deducirán del cuerpo del caudal como deuda contra éste. Tampoco deberá llevarlos á colacion, pues no parece justo que los hermanos sin trabajo lucren con el suyo: lo cual procede á pesar de la obligacion que tiene el hijo de servir á su padre, en lo cual se fundan algunos autores para querer privarlo de los honorarios y remuneracion que merece, y afirmar que ésta debe ceder en utilidad de sus hermanos. Esta opinion sin embargo tendrá alguna fuerza en cuanto no pueda demandar á su padre en vida; pero no en cuanto á exigirlo despues de su muerte; mas para evitar dudas por la diversidad de pareceres que hay, conviene que así lo proteste, porque de esta manera conseguirá alguna remuneracion.

8. No está obligado el hijo á colacionar la donacion que el padre ó madre le hiciere, en atencion á sus méritos, siempre que sean positivos y dignos de premio, ó tales que no puedan estimarse ni pagarse con dinero; porque se conceptúa lo donado en la clase de bienes adventicios, los cuales no se colacionan, y mas que donacion, se consideran remuneracion y paga de deuda, si es que por ella podia ser reconvenido judicialmente el donante, y de consiguiente como hecha á estraño. Pero no basta que sean méritos de obsequio; porque á éstos se halla obligado, y por lo mismo no pueden reputarse tales; si bien para evitar la du-

da de si la donacion es ó no remuneratoria, y si los servicios del hijo son de obsequio ó no, se tendrá la donacion por mejora en cuanto quepa en el tercio y quinto. Pero el hijo debe justificar los méritos por no ser justificante la confesion de su padre ó madre aunque sea jurada; porque se trata de perjuicio de los demás hijos, á quienes no debe gravar en sus legítimas: bien que en este caso valdrá la confesion como simple donacion en todo aquello de que los padres pueden disponer salva la legitima de los otros hijos, la cual no se revocará por la ingratitud del hijo. ni por el nacimiento de otros.

9. Si despues de casado el hijo continuase el padre reteniendo el usufructo de los bienes adventicios y no lo exige aquel durante su vida, podrá repetirlo á sus herederos y deberá deducirse como deuda del caudal paterno; porque debiendo atribuirse su silencio al respeto y veneracion, no se presume haber donado á su padre dicho usufructo.

10. Los frutos de capellanía, prebenda ó beneficio eclesiástico pertenecientes al hijo que vive en compañía de su padre y que éste administra, no le corresponden de modo alguno; porque estos bienes se reputan cuasi castrenses, y así debe dar cuenta al hijo de su administracion. No habiéndola dado ni entregádoseles; compete al hijo accion para pedirla y repetirlos de los coherederos, haciendo que como deuda se deduzcan del paterno; pero respecto á que el padre no está obligado á mantener el hijo cuando tiene éste bienes por sí, deben bajarse y descontarse de su total no solo los gastos de administracion sino tambien los que hizo en alimentarlo, darle estudios y demás; porque no es creible que teniendo bienes y rentas de que hacerlos, quisiese

su padre esponderlos de los suyos propios. Mas esta doctrina no tendrá lugar si espresamente ordenase lo contrario, en lo cual no perjudica á los otros hijos; porque nada les quita de su caudal ni lo disminuye; y aunque no tiene obligacion de darle alimentos teniendo de lo suyo, si ha querido dárselos no deberá colacionarlos á cuenta de legítima ni mejora, pudiendo mandarlo así su padre, como tambien que se le entreguen los frutos líquidos que percibió de sus bienes, sean ó no adventicios como deuda contra su caudal, á pesar de que hasta su muerte nada hubiese esperado, pues en cualquier tiempo puede declarar su voluntad por no haber ley que lo prohiba; de suerte que no mandándolo, si deduciendo todo sobrase algo esto será lo que se bajará, como deuda, y percibirá como crédito líquido á su favor. En todo lo dicho debe proceder el juez y el partidador con justicia y equidad atendidas las personas, la edad del hijo, para ver si pudo ó no administrar por sí y las causas de su silencio y permiso de que su padre administrase ó espendiese, y en vista de todo hacer la cuenta y deducción con conocimiento de causa.

11. Si el padre hubiese emancipado al hijo y dádole al mismo tiempo algun fundo ú otra cosa, no está obligado á colacionar; antes bien se entiende mejorado en cuanto que no exceda del tercio ni del quinto, pues si excediese se estimará el exceso en parte de su legítima, á menos que al tiempo de la donacion espresase que se la da en parte de aquella; porque despues no puede imponer gravámen ni condicion.

12. No está obligada la hija á colacionar el dinero que alguno le dió voluntariamente ó en virtud de sentencia condenatoria por haberla forzado ó violentado, antes bien lo hace suyo privativa-

mente: lo mismo procede con el que se dió al hijo por injuria que se le hizo. La razon es porque este dinero no sale del caudal de sus padres, y así no se disminuye éste, ni es dado tampoco por contemplacion, méritos ni servicios de ellos, por lo que falta el motivo de la colacion.

13. Tampoco está obligada á colacionar con sus hermanos la dote y donacion *propter nuptias* que algun estraño la dió para casarse, aunque éste la haya entregado á su padre para que la dotase, antes bien es peculio de la misma hija y le toca privativamente su propiedad y dominio (1). Lo mismo procede respecto de las dádivas ó regalos que algun pariente ú otro le hizo y de los salarios que ganó sirviendo, esté ó no bajo la patria potestad, pues todos estos bienes son adventicios y solo toca á su padre el usufructo de ellos mientras la tiene en su poder, por ser visto haberse donado á la hija por sus méritos ó por particular afecto que el donante la profesaba, excepto que éste espresase lo contrario al hacer la donacion. Por tanto si el padre exigió de su hija estas dádivas, salarios ó regalos y existen en su poder al tiempo de su muerte, deben separarse á este efecto del caudal paterno y se le entregará su importe del cual nada corresponde á sus hermanos (2).

14. Conforme á la segunda regla dada en el n.º 1.º de este capítulo, no debe colacionar el hijo lo que el padre hubiese espendido en darle carrera literaria ó militar (3); porque estos gastos se consideran comprendidos en la educacion, y de ellos resulta además utilidad al Estado. Tampoco es colacionable lo que el padre gastó en enseñar al hijo cualquier

(1) Ley 6, tit. 15, part. 6.

(2) Ley 5, tit. 15, part. 6.

(3) Ley 3, tit. 4, part. 5; y 5 tit. 15 part. 6.

oficio ó profesion artística por la razon insinuada, sin embargo de que varios autores tratando de este punto y de los estudios de facultades menores como gramática, ponen á dicha regla general las limitaciones siguientes.

15. La primera es cuando el padre tiene y administra bienes propios de sus hijos, sean adventicios, castrenses ó cuasi castrenses ó de cualquiera otra clase; en cuyo caso se presume que hace de ellos dichos gastos, y por consiguiente deben éstos descontarse de los mismos bienes cuando hayan de entregarse al hijo, á no ser que el padre dejase dispuesto que no se le descuenten. Ni tiene ninguna fuerza la objecion que algunos hacen de que si el padre tiene en su poder bienes adventicios de la hija, nunca se entienda darle ni prometerle de ellos dote, sino de los suyos propios; porque milita diversa razon, cual es la de que el padre está obligado por derecho á dotarlos precisamente de sus bienes propios; por lo que siempre se entiende que le da ú ofrece de éstos la dote; y no tiene obligacion de hacer dichas expensas con el hijo, por cuya razon consistan sus bienes en dinero ó en otras especies, se presumen hechas de ellos y no de los del padre. En este concepto aunque no colacionará con sus hermanos en cuenta de legítima el importe de los gastos referidos por no haber salido del patrimonio de su padre, se le descontará de sus mismos bienes cuando pretenda su tradicion, excepto que aquel mande que no se descuenten como ya queda dicho.

16. La segunda limitacion es cuando el padre manda espresamente se imputen dichos gastos al hijo en su legítima, como si lo protesta en los términos que se dirá en el núme. 19, ó tácitamente se colige que tal fué su voluntad, por

ejemplo, si los tuviese sentados en el libro y cuenta de sus deudores. Y no basta que lo estén únicamente en el de cuenta de gastos, porque esto solo sirve para saber lo que se espense, y no para que se infiera de ello que quiso se imputasen al hijo en su legítima; pero si los padres son ricos, el hijo pobre y los gastos moderados, no se le cargarán en cuenta de aquella, á pesar del mandato del padre, porque se comprenden en la clase de alimentos y crianza, que deben sus padres darle por derecho natural y de sangre.

17. La tercera limitacion es cuando resulta gran desigualdad entre los hijos, esto es, si lo gastado en los estudios y enseñanza de profesion excede á la legítima y mejora, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, junto con el importe de lo espendido en la enseñanza, ó cuando el hijo no aprovechó en el estudio, puesto que no se consiguió el fin para que se hicieron las expensas, por cuyas razones se presume que el padre quiso se imputasen en su legítima. Mas en apoyo de estas excepciones no he encontrado decision alguna, sino opiniones de varios jurisconsultos.

18. Sin embargo, aun en casos de las anteriores excepciones, como el padre tiene obligacion de mantener al hijo, mientras éste se halla bajo su potestad, se le cargará solamente el exceso de lo que dicho padre hubiere expendido con él, manteniéndolo en su casa segun su clase y haberes, esto es, dándole comida, vestidos y demás cosas concernientes á los alimentos, los cuales no deben cargarse al hijo tenga ó no bienes propios; porque el padre debe darle lo espresado, conservar la propiedad de los adventicios en cuanto fuere posible, aprovechándose de los frutos que le concede el derecho. En la regulacion de los alimentos se debe

proceder con justicia y equidad y no estrictamente con mezquindad ó miseria, teniendo en consideracion los haberes y calidad del donante y el estilo ó uso del pais.

19. Así mismo ha de tenerse presente que la protesta del padre, mencionada en el núm. 16, debe hacerse al tiempo que envia á su hijo á estudiar, para que sean colacionables los gastos que hace con él, porque de lo contrario se contempla donacion pura, en la cual solo al hacerla puede imponer gravámen y condicion, debiendo esto entenderse cuando la donacion se hizo al hijo emancipado ó tenido por tal, porque entonces fué incontinenti válida é irrevocable, y no si se hiciere al hijo que está bajo la patria potestad, pues como el padre puede revocarla hasta su muerte, podrá tambien declarar su voluntad y mandarle en cualquier tiempo que la colacione.

20. Con respecto á otros gastos hechos por el padre para que el hijo aprenda ciencias mayores, siga una carrera de honor y distincion, ó vaya á la guerra, tampoco estarán sujetos á colacion; porque el padre es dueño de sus bienes mientras vive y puede gastarlos ó distribuirlos á su arbitrio, sin que sus hijos tengan accion á impedirselo ni derecho mas que á los que les debe; mayormente cuando cedan no solo en utilidad del mismo hijo, sino tambien en la del Estado y en honor de su familia (1); á mas de que si él siguió aquella carrera ó estudios por mandato de su padre, no es justo que le perjudique su obediencia; y aun tiene lugar lo espuesto cuando su padre ó ascendiente lo mejora espresamente, porque con esta mejora ha dado á entender que no quiso que los colacionase y que la

hizo con el objeto de dar mayor lustre á su familia ó por otra causa semejante, por cuya razon no deberá colacionar dichos bienes.

21. Tocante á los libros que el padre hubiese comprado para el hijo, esté ó no bajo su poder, no habiendo aquel manifestado su voluntad sobre si han de colacionarse, es preciso distinguir; si el hijo es pues doctor ó abogado que ejerce algun oficio público no los colacionará, porque se conceptúan bienes cuasi castrenses; y así como las armas de los militares no se colacionan (1), así tampoco los libros dados en la forma y para el fin espuesto, porque éstos se equiparan á aquellas. Si el hijo no egerciere cargo de enseñanza ni otro oficio público, ha de tenerse en consideracion si los libros son ó no concernientes para aprender la ciencia que estudia ó profesion que sigue: en el primer caso no los colacionará (2), porque son instrumentos necesarios para aquel objeto; pero si no fueren conducentes á éste, deberá colacionarlos por cesar las razones espresadas.

22. Mas para evitar disputas lo mas seguro será que así los libros como los gastos de estudios mayores y demás, se imputen al hijo en cuenta de mejora de tercio y quinto, deduciendo lo que en los precisos alimentos hubiere gastado su padre con él en su casa, y si excediesen á dicha mejora se podrá contar el exceso en cuenta de su legítima. Nunca deberán colacionarse los mismos libros sino su valor ó estimacion, para que no se cause perjuicio al hijo por la particular aficion y especial conocimiento que de ellos tiene con la costumbre de registrarlos; y para saber el valor que tuvie-

(1) Leyes 3, tit. 4, part. 5; y 5, tit. 15 part. 6.

(1) Las mismas.

(2) La misma ley 5.

ren, deberá atenderse al tiempo de la muerte de su padre ó al de la colacion; mas no al que tenian cuando se hizo la entrega de ellos.

23. Tampoco está obligado el hijo á colacionar lo que su padre expendió en proporcionarle algun honor inalienable y no transmisible á sus herederos, ó alguna dignidad ú oficio público por el cual percibiese alguna renta anual, porque se equipara al peculio y bienes castrenses. Pero si fuese vendible y trasmisible á los herederos, deberá colacionarlo si el testador no manda lo contrario. Por igual razon tampoco se colacionarán los gastos hechos para condecorarlo con el grado de doctor ó licenciado; bien que si el padre tiene en su poder bienes adventicios del hijo, se entiende hacerlos de éstos y no de los suyos propios, á menos que disponga otra cosa.

24. Así mismo no debe el hijo llevar á colacion lo que su padre ó madre expendieren por redimirlo de cautiverio, ó librarlo de otra desgracia semejante, pues es visto haberlo expendido liberalmente, movidos de piedad y del afecto que le profesan como padres y no con ánimo de repetirlo, ni que despues de su muerte lo colacione, de suerte que se entiende mejorado en su importe.

25. No se debe tampoco imputar al hijo en su legítima, ni de consiguiente colacionar lo que el padre pagó voluntariamente por la pena en que se le condenó por algun delito, pues es de presumirse lo hiciera tambien por piedad; á no ser que mandase lo contrario ó que por protesta ó congeturas se pruebe que quiso se colacionase, ó que la cantidad fuese de tal consideracion que gravase la legítima de los demás hijos. Pero si estos pagos ó gastos los hizo por estar obligado á ellos por la ley ó por ser fiador del mismo hi-

jo con beneplácito de éste, ó por otra causa semejante, deberá traerlo á colacion, porque no se presume haberlo donado si no lo espresa; y si tenia bienes del hijo en su poder, se entiende haberlos satisfecho de éstos.

26. Acerca de si el hijo debe colacionar las espensas hechas por su padre en sacarle bulas para obispado ú otro beneficio eclesiástico, útil y fructífero, la opinion comun es la negativa, fundada en que el beneficio ó dignidad no se puede vender ni transmitir á los herederos, y no pudiendo ser lo principal tampoco lo accesorio. Otros por el contrario opinan que dichas espensas deberán colacionarse, fundándose en que no son donaciones simples procedentes de mera liberalidad, ni causales hechas por utilidad del mismo hijo las cuales son colacionables, añadiendo que hay cierto modo de gastar con un sugeto, que es lo mismo que darle por via de dote ó donacion caudal, pues por medio del gasto además de honor consigue utilidad para alimentarse, y así como el padre puede repetir del hijo el gasto útil que hizo en cosa de éste, así tambien por la propia razon puede imputarle en su legítima estos gastos útiles sin los cuales no hubiera logrado el beneficio que ha de gozar y con el que se ha de mantener.

27. Tambien hay diversidad de pareceres sobre si el hijo debe colacionar la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse. Los que sostienen la negativa se fundan en que si lo que se dona para la milicia no se colaciona por reputarse castrense, como queda dicho, con mucha mayor razon tampoco debe colacionarse lo que se da al hijo para que ejerza el sacerdocio, cuyo ministerio es mas digno y elevado que la profesion de las armas, y

que no encontrándose leyes que prevengan tal donacion, no debe hacerse á no ser que lo mande el testador. Los sostenedores de la opinion afirmativa que parece ser la mas probable y justa, se apoyan en que ésta es una donacion causal, útil al hijo y transmisible á sus herederos, y en que la ley 29 de Toro habla en general indistinta y absolutamente sin exceptuar ninguna, mandando colacionar no solo las dotes y capitales, sino tambien todas las demás donaciones que los hijos y descendientes hubiesen recibido del ascendiente á quien han de heredar, sin que se reputen por bienes castrenses sino los libros, vestidos eclesiásticos, derechos del título y gastos del viage; así como en el soldado el vestido, armas, caballo y lo demás necesario para ir á la guerra; pues lo que le ha de servir para alimentarse durante la vida, es legítima y se debe tener por tal en uno y otro caso, y de consiguiente ha de colacionar no disponiendo el testador lo contrario.

28. Si el padre administrase bienes adventicios de un hijo, y los frutos de estos bienes fuesen suficientes para compensar los gastos causados en darle carrera, podria decirse que aunque el padre le mandase llevarlos á colacion, no estará obligado á ello, porque los frutos de sus bienes que sufragaron para hacerlos, ceden en honor de la familia y utilidad del Estado, y seria cosa injusta que despues de percibirlos enteramente su padre, se utilizaran en favor de sus hermanos sin ser de ellos ni de su padre los bienes que los habian producido, imputándose y colacionándose las mencionadas expensas, del mismo modo que si no hubiera tenido ningunos. Sin embargo, debe advertirse, que si el padre lo mandase, deberá colacionar no solo el importe de ellas, sino lo líquido que quede, deducidas las

que su padre haria con él en su casa; porque el padre, en virtud de la ley y de la patria potestad, adquiere todos los frutos de los bienes adventicios del hijo, bajo la obligacion de alimentarlo y educarlo, y así se tienen por suyos patrimoniales y se juzga que suple á su hijo de su propio caudal dichas expensas. Por consiguiente, mandando el padre que las colacionase sea al tiempo que lo envia á seguir su carrera ó en su última disposicion, ó coligiéndose de otro modo que esa es su voluntad, deberá colacionarlas, como si no tuviera ningunos bienes; pues mas injusto seria que el padre los adquiriese todos en propiedad y usufructo como por el derecho romano sucedia.

29. No tiene obligacion de colacionar el hijo los gastos de regalos que el padre hizo cuando aquel se casó, y otros que por convite, lucimiento y honor y celebridad de su boda, ó por celebrar misa nueva se hubieren hecho: lo primero, porque éstos los hace de su mera voluntad, por esplendor, fausto, vanidad, y no son necesarios para la perfeccion y validez del matrimonio ó del ministerio sacerdotal, antes sí voluntarios y superfluos: lo segundo, porque ninguna ley manda que se colacionen; y lo tercero, porque de dichos gastos igual utilidad resulta al padre que al hijo y demás familia; fuera de que no tiene facultad ni para impedirlos ni para obligar á su padre á que los haga por estar bajo su poder. Y lo espuesto procede aunque el hijo tenga bienes propios de que se puedan sufragar, pues aun entonces se conceptúa que el padre los hace suyos, porque ceden en su honor, á no ser que poseyendo éste los bienes, el hijo espresase que no queria hacer estos gastos de su propio caudal, sino de dichos bienes adventicios.

30. En órden á la tercera regla debe tenerse presente lo que se dijo sobre las mejoras en el cap. 4.º, tít. 4.º de este libro, añadiendo ahora, que dudándose muchas veces, por no haberlo expresado el padre, si lo que dió al hijo fué con intencion de imputárselo en su legítima para colacionarlo, ó en concepto de mejora para no traerlo á colacion, es preciso atender al texto literal de la ley 26 de Toro (1) que dice así: „Si el padre ó „la madre en testamento ó en otra cual- „quiera voluntad, ó por otro algun con- „trato entre vivos, hicieren alguna dona- „cion á alguno de sus hijos ó descendien- „tes, aunque no digan que los mejoran „en el tercio ó en el quinto, entiéndase „que los han mejorado en el tercio y quin- „to de sus bienes.”

31. Para conciliar esta ley con la 29 de Toro (2) que dice, que cuando algun hijo ó hija viniese á heredar ó partir los bienes de su padre ó madre ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion *propter nuptias*, y las otras donaciones que hubieren recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar, es necesario distinguir las donaciones. Hay donaciones simples y voluntarias que provienen de mera liberalidad del padre ó de la madre, sin que para hacerlas intervenga causa ni obligacion alguna. Estas donaciones no son colacionables, porque seguramente son de corta cantidad, y tambien porque se contemplan hechas sin ánimo de que se compensen en la legítima, y se reputan por mejora, aplicándose primero al tercio, luego al quinto, y lo que sobrare á la legítima. Pero esta doctrina se limita en tres casos: 1.º Cuando el padre hace la dona-

cion al hijo emancipado, pues vale incontinenti, y es colacionable, excepto que espresé que no quiere se colacione; aun- que por el contrario haciéndola al que está en su poder, no es válida á menos que se confirme con su muerte: 2.º Cuando de no colacionarse la donacion simple, resulta gran desigualdad entre los descendientes: y 3.º Cuando el donante manda en la misma donacion que el donatario la colacione, en cuyo caso cesa toda duda y no hay mejora.

32. Hay tambien donaciones causales que son aquellas que hace el padre en atencion á alguna causa necesaria, ó por lo menos útil ó piadosa que á ello lo impele, y deben colacionarse porque se presume que las anticipó en cuenta de legítima, por no haberlo hecho con espontánea liberalidad, á no ser que disponga lo contrario, ó se entienda por sus palabras que quiso mejorar al hijo. Así lo indica la ley 29 de Toro que habla primero de la legítima del tercio y quinto, en estas palabras: „Y para se decir la dicha dote inoficiosa, se mira á lo que excede de su legítima y tercio y quinto de mejora.” Mas por el contrario en las donaciones simples de que hablamos antes, se hace mencion del tercio y quinto antes que de la legítima, porque quiere se imputen en aquellos primeramente: „Y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta la cantidad de dicho tercio y quinto y legítima.” El órden de las palabras concilia ambas leyes, y da á conocer de qué donaciones habla cada una.

33. En cuanto á si ha de colacionarse lo que el abuelo difunto diere á la nieta viviendo el padre de ésta, deberá tenerse presente, que si el abuelo la hubiere dotado por sus méritos ó por particular afecto que la profesaba, como sue-

(1) Ley 10, tit. 6, lib. 10, N. R.

(2) Ley 5, tit. 3, lib. 10, N. R.

le suceder especialmente habiéndola criado, y no por consideracion á su hijo, no tiene obligacion de colacionar la dote, porque no fué dada en contemplacion de aquel, ni el abuelo debe legítima á la nieta viviendo el padre de ésta; y aun cuando la misma entre á suceder al primero por fallecimiento de su padre, no deberá colacionar dicha dote por cuanto queda en representación de éste, quien no tenia tal obligacion por el motivo indicado, y así se presume haber legado el abuelo á la nieta el importe de la referida dote. Lo mismo deberá entenderse en cuanto á la donacion *propter nuptias*, ú otra hecha por el abuelo á su nieto.

34. Pero si el abuelo dotare á su nieta ó hiciere donacion al nieto por consideracion al padre de cualquiera de los dos, tendrá éste obligacion de colacionar dicha dote ó donacion, cuando se dividan los bienes del referido abuelo, computándosele en parte de su legítima porque se conceptúa haberse dado primero á él, como persona mas próxima, y por cuyo conducto pasó despues á sus hijos; y luego el hijo ó hija la colacionará tambien cuando se parta la herencia de su padre, porque inmediatamente salió de su patrimonio, puesto que se le dió por su mera contemplacion: lo mismo deberán practicar dichos hijos si suceden con sus tios carnales ó con otros nietos á su abuelo, por haber muerto antes su padre. En caso de duda se presume que la dote ó donacion fué hecha por respecto de sus padres y no por ellos.

35. Segun la cuarta regla deben colacionar los descendientes legítimos en cuenta de sus legítimas los bienes, donaciones y gastos que hubieron ó hicieron en vida y salieron del patrimonio del ascendiente, de cuya herencia se trata, si

la aceptaron (1). En estos bienes no solo se comprenden los muebles y raices, sino tambien las deudas, derechos y acciones que los ascendientes tienen á su favor y donan á sus descendientes; todo lo cual se entiende no mandando lo contrario el donante, ó no coligiéndose de su voluntad, y no siendo gastos y donaciones para fines de honor y privilegios; pues éstos están exentos de colacion como queda dicho.

36. Así pues, deben las hijas traer á colacion con los herederos la donacion *propter nuptias* que han recibido de sus padres, si aceptan su herencia (2); porque estas donaciones se hacen por causa necesaria, y no por pura voluntad, pues el padre puede ser compelido por derecho (3) á dotar á sus hijas, y como no son donaciones simples se deben imputar en la legítima, y en este concepto colacionarse (4). Tienen obligacion aun cuando para ello no las requieran sus hermanos ó los coherederos, porque la persona que está obligada á colacionar si pide la parte que le toca en la herencia, debe ofrecer la colacion. Así mismo deben colacionar la dote aun cuando fueren únicas cuando se las entregó, y aunque el padre la hubiere entregado al yerno, porque si la dió á un tercero para que éste se la entregase á aquel ó á su hija, y no llegó á poder de éstos, sino que se consumió ó perdió en poder del tercero, no está obligado á colacionarla; por cuya razon recibirá su legítima íntegra debiendo los coherederos imputar la pérdida á su padre y no á ella ni á su marido (5); pues como se ha dicho ya

(1) Ley 3, tit. 15, p. 6.

(2) Dicha ley 3.

(3) Ley 3, tit. 11, p. 6.

(4) Ley 3, tit. 15, p. 6.

(5) Ley 13, tit. 11, p. 6.

no se colaciona sino lo que se posee, ó lo que se recibió mediata ó inmediatamente de aquel cuya herencia se intenta dividir.

37. Pero si la hija se contenta con su dote y repudia la herencia, no tendrá obligacion de colacionarla (1), á no ser que exceda de la legítima que pueda corresponderle, atendido el importe de los bienes de su difunto padre al tiempo de su muerte, pues en este caso deberá restituir el exceso á sus coherederos, porque en ninguna cosa pueden ser mejoradas por título de dote ni de casamiento, ni de ninguna otra manera por contrato entre vivos; y así no le compete la eleccion de tiempos que permite la ley 29 de Toro, por estar corregida en esta parte por la pragmática de Madrid.

38. La obligacion de colacionar las hijas la dote que sus padres les dieron para casarse, se amplia á las demás donaciones que éstos les hacen, porque se contemplan donaciones hechas por causa de matrimonio como la misma dote; y no pudiendo en este concepto ser mejoradas por contrato entre vivos, deben traerlas á colacion y particion. Tambien deben colacionar las hijas las donaciones hechas por otras personas en contemplacion á su padre, porque se conceptúa que si no hubiera sido por su respeto, no se las hubiesen hecho.

39. No solo comprende á las hijas que se casan la obligacion de colacionar la dote que les dieron sus padres, sino tambien á las que entran en religion y profesan. Algunos son de opinion que estas dotes se dan á los monasterios en lugar de alimentos, segun el Santo Concilio de Trento (2); porque de darse en

otro concepto se comete simonia, y que de consiguiente no están obligadas á llevarlas á colacion, como tampoco la hay con respecto á los alimentos que se dan á los hijos. Pero sin embargo de estas razones, deben colacionarse; pues aunque los alimentos den causa para dicha dote, no sigue la naturaleza de tales, sino que se considera como la dote secular; la cual se da tambien por razon de alimentos. Así mismo debe colacionar la religiosa lo que sus padres le dieron además de la dote, como son el vestido con que entra en el monasterio, la cama y demás muebles, á menos que estén específicamente exceptuados.

40. El hijo deberá tambien colacionar como donacion necesaria, no solamente lo que recibió para casarse, de aquel cuya herencia se trata de partir, sino tambien los vestidos, joyas y piezas que hubiesen dado los padres á la novia ó esposa, hállese ó no consumido ó gastado, porque en duda se presume que se los dieron en contemplacion del mismo hijo y en cuenta de su legítima.

41. Igualmente deberán traer á colacion los hijos, los oficios públicos vendibles que hubieren adquirido con dinero de sus padres, contándoselos en su legítima, no el mismo oficio porque es indivisible y meramente personal, sino el capital que costó regulado el líquido producto que deja al tiempo de la muerte del padre. Pero si los tales oficios no son vendibles ó por lo menos transmisibles, no se deben colacionar.

42. Aunque segun la ley 26 de Toro parece que no deberán la hija ó hijo colacionar en cuenta de su legítima las donaciones que sus padres les hubiesen hecho para alimentos ó pagar alguna deuda, ó con otro fin urgente despues de haberle dado dote aquella, ó capital á éste,

(1) Ley 5, tit. 7, lib. 10, N. R.

(2) Sess. 15, cap. 16.

la traerán sin embargo á colacion, del mismo modo que la dote ó capital si los padres no dispusieren lo contrario; porque es donacion causal hecha por necesidad, habiendo habido para este aumento la misma causa que para la primera; y porque es visto que sus padres quisieron anticiparle en cuenta de su legitima aquella otra cantidad, pues la citada ley se entiende segun la mas comun y segura opinion, en las donaciones simples, las cuales no son colacionables, y no en las casuales.

43. Debe colacionar el hijo que se halla en la patria potestad, el usufructo de los bienes adventicios que su padre le donó espresamente, si éste tiene recogidos los frutos y está hecho dueño de ellos, porque se estima en este caso como profecticios, por haber el padre adquirido su dominio, á menos de mandar que no los colacione como en cualquier tiempo lo puede hacer, por no haber ley que se lo prohíba. Pero si se les donó tácitamente permitiéndole que los llevase despues de cogidos, sin oponerse á que los percibiese, no está obligado á traerlos á colacion, ni sus hermanos deben inquietarlo acerca de ella. No obsta decir que se colaciona la simple donacion hecha al hijo de familia por su padre en vida, que es revocable y se confirma con la muerte del donante; porque esto se entiende en la que se hace de sus cosas propias, no en la remision del usufructo de los bienes adventicios del hijo, en la cual nada da de lo suyo, porque la ley concede dicho usufructo con la condicion de si quiere adquirirlo.

44. Si el hijo emancipado dilapidó, consumió ó sustrajo los bienes de su padre en vez de cuidarlos y conservarlos, deberá traerlos á colacion ó restituir su importe; pero si estuviese bajo la patria potestad, podrán los herederos conseguir el

reintegro por medio de la compensacion ó retencion de otro tanto cuanto destruyó, lo que en realidad viene á ser lo mismo.

45. El nieto que repudia la herencia de su padre ó madre, no está obligado á colacionar con sus tios lo que sus padres recibieron de sus abuelos, y por haberlo consumido no entró en su poder, por las razones siguientes: 1.ª Porque viene á heredar á éstos por su propio derecho y persona, y por remocion de la de su padre ó madre, ocupando su lugar como primero en grado y no por trasmision. 2.ª Porque la colacion solo tiene lugar cuando lo que se goza ó posee se recibió mediata ó inmediatamente de aquel cuya herencia se va á partir, y no habiendo percibido nada el nieto de su abuelo, es consiguiente que nada deba colacionar; y 3.ª Porque la colacion es gravámen personal que debe sufrir únicamente el que percibe la utilidad; y como el nieto ninguna tuvo por no haber llegado á sus manos cosa alguna de sus padres ni abuelos, es evidente que si renuncia la herencia debe colacionar lo que su padre ó madre consumieron; y así no hay mérito para que en este caso se considere y subsista la razon inductiva de la colacion.

46. No obsta el decir que el nieto, estando en grado mas distante que sus tios, se hace de mejor condicion que ellos; porque nada tomó de su abuelo; y para sucederle se puso en el primero, y es tan heredero forzoso suyo como ellos; fuera de que no tiene la culpa de que su padre muriese antes y consumiese lo que recibió. Tampoco obsta el que se alegue que á no ser por su padre, no heredaría á su abuelo; pues así como en un mayorazgo no lo recibe el hijo del padre sino del fundador, tampoco el padre es causa

para la sucesion de los bienes del abuelo, porque la cuota de su legítima depende de la disposicion de la ley. Ni obsta últimamente el que sus tios son perjudicados en las suyas, porque no se les deben hasta que su padre muere, el cual puede haber gastado en vida todos sus bienes; y como por su muerte no existen otros en su poder ni en el de su nieto, es lo mismo que si él los hubiera consumido en sus urgencias; por lo que deben contentarse con lo que se les deje, como el nieto se contenta; y así tales cosas consumidas perecen para la herencia, al modo que si existieran la aumentarían. Lo mismo se debe practicar cuando el padre da á su hijo ó hija en dote ó en donacion cierto capital puesto en fondo vitalicio, que con su muerte precedida á la del padre espiró, y el nieto viene á heredar á su abuelo donante con sus tios, porque existe idéntica razon para con él. Pero si el nieto recibiere algo de su padre ó madre, deberá entonces colacionarlo con sus tios.

47. Acerca de si el enfitéusis es ó no colacionable, debe tenerse presente que si es de *nominacion* por ciertas vidas, y el enfitéuta no lo compró y en vida nombra á su hijo para que le goce, no tiene éste obligacion de colacionarlo, cuando su padre no fué el primero que lo adquirió; porque nada recibe de él, sino del señor del dominio directo que lo concedió al primero, ni tampoco cuando el padre lo eligió en su testamento, porque esta eleccion hace las veces de legado, y lo que se deja en última disposicion no se colaciona.

48. Mas si el padre lo adquirió deberá el hijo colacionarlo; porque se entiende concedido á éste con quien contrajo el señor del dominio directo, y no con aquel á quien tal vez no conoció, ó aca-

so no habia nacido antes, por lo que no se presume tenerle afecto; y lo mismo sucede aunque se conceda al hijo si en la donacion se espresó que se hacia por contemplacion y respetos del mismo padre.

49. Y si el padre lo compró deberá tambien el hijo colacionar el precio desembolsado, porque cuanto pagó el padre tanto disminuyó de su caudal para conseguirlo, y por consiguiente si no lo hubiese comprado quedaria su importe á todos sus hijos para dividirlo entre sí; porcu-ya razon es justo que el hijo que sucede en todo él, lo colacione para que de este modo no haya desigualdad ni sus hermanos sean perjudicados en sus legítimas. No obsta que el enfitéusis no pasa al hijo hasta que el padre fallece, y que las cosas adquiridas despues de su muerte no son colacionables, segun se ha dicho, porque el precio salió de su caudal en vida, y no lo dejó en disposicion última; por lo que debe colacionarse, no mandando el padre lo contrario.

50. La obligacion de colacionar el precio tiene lugar en el caso de que el padre renuncie el enfitéusis en el señor del dominio directo, para que lo conceda al hijo, y éste no se halle obligado á colacionarlo; pues no es justo por ningun motivo que semejante fraude tenga efecto en perjuicio de los demás hijos. Así mismo tiene lugar aunque el padre comprador sea el último llamado á su obtencion, é impetre del señor del dominio directo, que lo renueve en favor de su hijo, porque con el dinero satisfecho no solo es visto comprar el enfitéusis, sino tambien el derecho de pedir su renovacion, y porque el enfitéusis renovado es el mismo continuado, y no otro nuevo.

51. Igualmente tiene lugar aun cuando el enfitéusis se haya concedido al hijo en remuneracion de los servicios he-

chos por su padre al señor de él, si éstos son obligatorios y dignos de ser remunerados; porque la accion que se adquiere por servicios, se reputa como las demás acciones y derechos. Finalmente, tiene lugar dicha colacion en el importe de las mejoras ó aumentos hechos por su padre en la finca enfitéutica, si el hijo quiere ser heredero; porque si repudia la herencia no está obligado á la espresada colacion, aunque si el importe de los aumentos excede á la legítima y mejora, deberá restituir el exceso á los coherederos, atendido aquel y el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte.

52. Lo que se ha dicho de las mejoras ha de entenderse de las útiles que aumentan el valor de la finca, y no de las que solo se hicieren para conservarla y entregarla tan buena como se recibió, porque como necesarias deben hacerse, ni tampoco de las que el comprador y sus sucesores estuvieron obligados á hacer en virtud del contrato enfitéutico.

53. Si el padre no solo nombra al hijo sino que en vida le entrega la finca enfitéutica, deberá colacionarla, aunque no se hubiese comprado ni mejorado, porque con la adquisicion del enfitéusis se disminuye el patrimonio, y por consiguiente eso menos quedaria que repartir entre los demás herederos, lo cual no seria justo. No obstante, segun la ley 26 de Toro, se entenderá mejorado el hijo agraciado en el enfitéusis en cuanto quepa en el tercio y quinto y legítima.

54. Así como el hijo debe colacionar al tiempo de la particion de los bienes de su padre el enfitéusis de *nominacion* que éste compró, así tambien el nieto hijo de aquel cuando se efectúa la de los del suyo, pues hay la misma razon, porque á

no haberle comprado hubiera dejado mas caudal; lo cual procede aunque el abuelo nombre al nieto.

55. Si el enfitéusis nombrase ó un extraño para el goce del enfitéusis mejorado, no deberá pagar éste las mejoras; porque se presume habérselo dado con ellas, y única mente en caso de haberlo, devolverá el exceso de lo que se le permite disponer teniendo descendientes legítimos, que es del quinto; pero si antes tuviese donado éste á otro, y el nombrado quisiese la finca enfitéutica con las mejoras, tendrá que pagar su importe; no por razon de colacion, pues los extraños no colacionan, sino porque el donante no puede disponer de mas que de un quinto en vida y muerte en perjuicio de las legítimas de sus descendientes.

56. En cuanto al enfitéusis ó censo perpétuo, si el padre donó en vida á algun hijo, ó dió en dote á alguna hija la finca enfitéutica, deben colacionarla del mismo modo que si les hubiese dado otra cualquiera de su patrimonio sin la mas leve diferencia, bajando su carga ó pension; porque se conceptúa finca patrimonial ó de la herencia paterna, y como tal es divisible entre todos, por lo que quien antes la recibe, debe traerla á particion con los herederos no mandando lo contrario el testador, ó no mejorándolo tácita ó espresamente en su importe. Y si el testador no dispuso en vida de la finca enfitéutica, y cuando la tomó en enfitéusis, fué con la obligacion de no poderse partir ni dividir nunca, segun suele pactarse en este contrato, como la finca es parte de la herencia que dejó, se adjudicará á uno de sus hijos, bajando el importe de todo el gravámen enfitéutico, y si no le cupiere en su haber, restituirá el mayor valor á los coherederos.

CAPITULO III.

DE LA ACCION PARA PEDIR Y HACER LA COLACION: TIEMPO A QUE HA DE ATENDERSE PARA VER SI LA DONACION ES Ó NO INOFICIOSA, Y PRECIO POR QUE SE HAN DE COLACIONAR LOS BIENES DONADOS.

1. La accion de colacionar y pedir la colacion, ¿á quién compete?
2. Lo que debe tenerse presente para ver si la dote y demás donaciones son inoficiosas.
- 3 y 4. ¿Porqué precio deben colacionarse los bienes donados?
5. ¿Si deberá colacionarse la finca mejorada por la industria del hijo ó de la hija?
6. ¿De qué modo deben colacionarse los bienes cuando son muebles ó semovientes, ó constan de número, peso ó medida?
7. ¿Si debe colacionarse el valor de los bienes que no existen, por haber perecido?
8. ¿Si la hija que colaciona su dote, deberá traer á particion los frutos de ella?
9. ¿Si deberá el hijo los frutos de lo que le han donado y entregado en vida de sus padres?

1. La accion de colacionar y pedir la colacion no solo compete al mismo interesado á cuyo favor debe ésta hacerse, sino tambien á su heredero, contra el que está obligado á colacionar y su heredero, de modo que ésta es una de aquellas acciones que se dan activa y pasivamente. Esta accion puede intentarse ó implorando el oficio del juez, ó entablado la accion estipulatoria, si se estipuló que el donatario hubiere hecho la donacion.

2. En cuanto al tiempo á que debe atenderse para ver si la dote, donaciones *propter nuptias* y demás que deban colacionarse son inoficiosas, bastará tenerse presente la ley 29 de Toro (1), la cual está tan terminante sobre este punto, que para resolver cualquiera duda que ocurra bastará copiar al pié de la letra sus palabras, que son las siguientes, „Cuan-
do algun hijo ó hija viniere á heredar
„ó partir los bienes de su padre ó de su
„madre, ó de sus ascendientes, sean obli-
„gados ellos y sus herederos á traer á
„colacion y particion la dote y donacion
„*propter nuptias*, y las otras donaciones

„que ovieren de aquel cuyos bienes vie-
„nen á heredar. Pero si quieren apartar
„de la herencia, que lo pueden hacer, sal-
„vo si la tal dote y donaciones fueren
„inoficiosas, que en este caso mandamos
„que sean obligados los que las recibie-
„ren, así los hijos y descendientes en lo
„que toca á las donaciones, como á las
„hijas y sus maridos en lo que toca á las
„dotes (puesto que sea durante su matri-
„monio), á tornar á los herederos del tes-
„tador aquello en que son inoficiosas, pa-
„ra que lo partan entre sí. Y para se de-
„cir la tal dote inoficiosa se mire á lo que
„excede de su legítima y tercio y quinto
„de mejoría, en caso que el que la dió
„podia hacer dicha mejoría, cuando hizo
„la donacion ó dió la dicha dote (1), ha-
„biendo consideracion al valor de los bie-
„nes del que dió ó prometió la dicha do-
„te, al tiempo que la dicha dote fué cons-
„tituida ó mandada, ó al tiempo de la

(1) Ley 5. tit. 3, lib. 10, Nov. Rec.

(1) Esta ley está corregida en cuanto á la dote por la ley 6, tit. 3, lib. 10, Nov. Rec. llamada comunmente la Pragmática de Madrid. En ésta se previene que ningun padre puede dar ni prometer por via de dote ni en razon de casamiento á su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni pueda entenderse tácita ni espresamente mejorada por ningun contrato entre vivos directa ni indirectamente.

„muerte del que dió la dicha dote ó la „prometi6, do mas quisiere escoger aquel „á quien fué la dicha dote prometida ó „mandada. Pero las otras donaciones „que se dieren á los hijos, mandamos que „para se decir inoficiosas, se haya con- „sideracion á lo que los dichos bienes „del donador valieren al tiempo de su „muerte.”

3. Para saber porque precio ó valor deben colacionarse los bienes donados ó dados en dote por el ascendiente á sus hijos ó descendientes, ya existan ó no, debe tenerse presente que si la finca raiz dada en dote ó donacion *propter nuptias* se hizo mas preciosa por efecto del tiempo ó de otras circunstancias, y no por obra ni trabajo del que recibió los bienes, deberán éstos colacionarse con todo el valor que entonces tengan, siempre que sean raices ó fincas cuyo aprecio no hizo al tiempo de entregarlas el padre. Por el contrario, si por el mismo tiempo, y no por dolo ni culpa suya, se hubiese deteriorado y disminuido su valor, la colacionará tambien por el intrínseco que tenga al hacerse la colacion; pues el que está á la utilidad debe estar tambien á las pérdidas; prescindiendo que de colacionarlo en la forma espuesta no resulta desigualdad, ni se irroga perjuicio á los herederos; porque la hija puede pedir el aumento de su legítima cuando su padre muera, si los bienes que dejó tuvieron el aumento atendiéndose para regular el valor al tiempo de dicho fallecimiento; y así como puede pedirlo si se aumentaron con el tiempo, así es justo tambien que colacione en cuenta de su legítima el mayor valor de la finca adquirida, debido á la obra del tiempo como antes se ha indicado. Lo mismo procede con respecto al hijo á quien el padre donó en cuenta de su legítima alguna finca ó cosa raiz no apreciada.

4. Si le dió la finca apreciada con estimacion que causó venta, aunque ninguna ley prescribe en qué términos se ha de colacionar, no obstante, siguiendo lo que ordenan las que tratan acerca de la restitucion de la dote que debe hacer el marido, debe colacionarla por el valor en que se estimó cuando la recibió si entonces no se pactó otra cosa. La razon es, porque en el hecho de haberse valuado, es visto habérsele dado el precio consignado en ella, y convenido entre los contrayentes que habia de colacionar su estimacion, por haberla recibido en cuenta de su legítima y no la finca: por la misma razon el daño que hubiere en ésta, habrá de pertenecer al donatario ó dotada, y no á su padre, así como el aumento de su valor si lo tuviere. Y si el padre hubiese hecho mejora posterior no se deducirá de su importe, segun disposicion de la ley 25 de Toro.

5. Si la finca se hizo mas preciosa por la mera industria ó trabajo del hijo ó hija, como por ejemplo si estaba erial, y despues que la recibió la plantó de viñas, olivos &c., no se colacionará aquella, sino solo el precio que tenia cuando se le entregó apreciada; pero si la entrega se hubiere hecho sin aprecio, se colacionará la finca misma sin el valor de la mejora, la cual como trabajo suyo le toca primitivamente.

6. Siendo los bienes muebles, semovientes ó de los que consistan en número, peso ó medida, si se hubiesen apreciado al tiempo de la entrega, se colacionarán por este mismo precio, aunque entonces valgan mas ó menos; porque habiéndose trasladado el dominio, es de cuenta del que los recibió su aumento ó deterioro; mas no habiéndose apreciado, se colacionarán por el valor que tengan al tiempo de la particion; porque

en este caso se presume que son del difunto, y que existen como tales en su herencia.

7. Si los bienes dados ó donados sin estimacion hubiesen perecido despues de la muerte del donante sin dolo ni culpa del donatario, no deberán colacionarse; porque la obligacion de colacionarlos se entiende siempre que existan; pero no si dejan de existir, por obra del acaso. Pero si perecen por dolo ó culpa del hijo ó hija despues de muerto su padre, deberán colacionarse, como si no hubieran perecido por el valor que tenian cuando los recibieron; porque el que por dolo ó culpa suya deja de poseer, se conceptúa en derecho por poseedor. Mas si dichos bienes no estimados perecieran en vida del padre sin dolo ni culpa del hijo ó hija, no los colacionarán éstos, ni dejarán por eso de ser admitidos á la herencia con igualdad respecto de los demás herederos.

8. La hija á quien su padre dotó en vida, no tiene obligacion de restituir los frutos que produjo la finca dotal antes de la muerte de aquel, ni tampoco los frutos producidos despues de dicho tiempo, pues desde que se le entregó la finca la hizo suya, y pudo disponer de ella co-

mo propia; pero si la dote resultare inoficiosa, debe ésta colacionar los frutos que hubiere producido la parte excedente de los bienes dotales, y si la dote consistió en dinero, igual parte de sus intereses, porque no pudo ser mejorada en razon de casamiento. Mas esta restitucion ha de entenderse desde la muerte del padre, y no antes; pues hasta entonces se ignoraba si la dote era inoficiosa, y como poseedora de buena fé la hija respecto del padre, hizo suyos los frutos. No obstante, si el padre revocase en vida el exceso de la dote, haciendo saber á la hija ó al yerno la revocacion, desde entonces deberán restituir los frutos de la parte excedente, porque se constituyen poseedores de mala fé.

9. Por lo que respecta á la donacion hecha al hijo, debe advertirse que si lo donado excediere á su legítima y mejora, deberá restituir desde que fué interpelado, y se le hizo saber que la donacion era inoficiosa, pues desde entonces se hace poseedor de mala fé; pero si no hubiere exceso en la donacion, hará suyos los frutos, así antes como despues de la muerte del padre, por ser poseedor legítimo de lo que permite la ley, y su padre pudo darle.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

sobre los bienes que deben traerse á colacion.

Hablemos ahora acerca de la colacion de los bienes que algunos de los coherederos ha recibido del difunto y de los gastos que ha causado. Segun dice la definicion, la colacion es la reunion de tales bienes y gastos á la masa general, para de esta manera formar el cuerpo de la

herencia y distribuirla entre los interesados; de lo que se infiere que ella es absolutamente necesaria, puesto que sin esta operacion es imposible saber á cuanto asciende el capital partible. No es necesario, en mi concepto, escribir mucho para determinar con alguna justicia quiénes

son los que están obligados á traer á colacion los bienes que recibieron y gastos que causaron, y cuáles son estos bienes y gastos que es menester producir así. La colacion tiene por objeto el formar la cuenta de lo que á cada coheredero corresponde; y el ver si el que ha recibido algo tiene derecho á mas ó debe devolverlo; esta cuenta no puede tener lugar sino entre coherederos que tenian derecho á una legítima respecto de los bienes hereditarios, puesto que el difunto podia dar libremente lo que quisiere á los que no estuvieren comprendidos en esta clase; por consiguiente, podrá establecerse que deberán entrar á colacionar los herederos que tienen derecho á una legítima rigurosa. Así, estarán obligados los descendientes, y tambien los ascendientes cuando no existan aquellos; mas no los colaterales. Pero ya se sabe que para que pueda tener lugar la colacion es menester que la misma persona que recibió los bienes suceda por derecho propio: por lo mismo, supongamos que uno que tiene descendientes entregue alguna cosa colacionable á su padre, aunque éste sea heredero forzoso, no por eso se deberá traer á cuenta; tampoco cuando el que tiene hijos da algo á un nieto, por mas que éste entre en la herencia representando á su padre. En estos casos será una verdadera donacion, lo mismo que si fuera hecha á un extraño; podrá examinarse si excede ó no de la tasa legal, mas no deberá llamarse colacion.

Para determinar cuáles son los bienes, gastos ó anticipos que se han de colacionar, debe caminarse bajo el supuesto de que todo lo que uno da á su heredero forzoso inmediato, sin decir que lo da como equivalente ó parte de la porcion que la ley le permite disponer libremente, debe entenderse dado por vía de legítima; de

donde concluirémos que todo ello debe cargársele en cuenta de ésta. Es menester asentar que hay ciertos gastos comunes á toda la familia, necesarios para la subsistencia de ella, los cuales por cuanto son considerados, no precisamente como anticipos, sino en virtud de una obligacion que tiene el que los hace: en esta clase se hallan los que tienen por objeto criar, alimentar y vestir á los hijos del menor de edad. Lo mismo parece que debe entenderse respecto de aquellos gastos que hacen los padres con los hijos dándoles la primaria educacion, puesto que ésta es igualmente comun tanto á los varones como á las hembras, y tambien porque en el estado actual de la sociedad ella es necesaria. En esta categoría están comprendidos el leer, escribir, algo de matemáticas y dibujo, música, los rudimentos de alguna lengua estrangera v. gr. la francesa, algo de geografia y otros conocimientos generales semejantes.

En consecuencia me atreveré yo á esponder que pudiera adoptarse el temperamento de declárar que no son colacionables todos estos gastos, porque como he insinuado son por decirlo así necesarios, y por otra parte pertenecen tambien al sexo femenino. Al contrario parece que los hijos deberán traer á colacion los gastos que hagan en aprender cualquiera oficio ó cualquiera profesion, que les haya de servir de un medio habitual de sustento ó de establecimiento; á lo menos yo no dudaria en adoptar esta medida respecto de algunas largas carreras que hay entre nosotros, v. gr. la abogacia, medicina, teología, farmacia y arquitectura. La razon que yo encuentro para esto es la desigualdad que de otra manera resulta entre individuos de una misma familia y generalmente entre varones y hembras, desigualdad que sin fundarse en

nada suele producir desavenencia en ella. Así, el elegido para estas carreras seria indudablemente de mejor condicion que los demás, y como las hembras están escluidas para ejercerlas, se hallarán siempre perjudicadas respecto de los varones; siendo así que caso de dar proteccion á alguno parece que debiera darla á aquellas, porque seguramente que, como mas débiles y menos aptas para adquirir su subsistencia, tambien son mas dignas de consideracion.

Nuestras leyes disponen en general, que todas las donaciones causales ú obligatorias que hace un padre á su hijo deben cargarse en su legítima, y en ello parece se comprende lo que da por via de dote ó donacion *propter nuptias* cuando se casa, y lo demás que tuviese lugar para cualquier establecimiento. Otro tanto ordenan respecto de las hijas y en una y otra parte me parecen bien, segun la esplicacion que he dado antes de las dotes. En efecto, ya tengo manifestado que éstas no eran mas que unas cantidades que se dan á los hijos de ambos sexos en pago de las legítimas que les han de pertenecer despues de la muerte de los padres, que es lo mismo que decir que las dotes son las mismas legítimas aproximativas que anticipadamente á aquel tiempo se señalan. Por consiguiente, siendo así que el efecto de la colacion es averiguar cuánto corresponde á cada uno por legítima, y hacer que se distribuya la herencia en esta forma rigurosa, es indudable que las dotes deben ser cargables en cuenta. Para los demás gastos ya expresados de establecimiento milita la misma razon; porque parece que lejos de haber una voluntad de hacerlos gratuita y voluntariamente, lo cual es circunstancia indispensable para una donacion; el verificarlo es como una necesi-

dad en virtud de la obligacion que tienen los padres de acomodar á los hijos.

Para reputar por no colacionables los gastos que hacen los padres en dar estudios mayores á los hijos, nuestro derecho va conforme tambien con el Digesto romano que así lo disponia, y seguramente que no se puede menos de aplaudir los fundamentos que ambas legislaciones han tenido á la vista para adoptar esta medida, fundamentos á la verdad no sólidos en mi concepto, pero que prueban las rectas intenciones que les dominaban. En efecto aquí se ve un deseo de honrar y fomentar las ciencias conocidas con el nombre de artes liberales; pues eximiéndoles de la colacion quieren por una parte hacerles considerar como superiores á todo precio, y por otra creer que con no ligar á los padres con estos gastos, para que puedan disponer de la porcion libre de su herencia, aun á favor del mismo hijo con quien los ha causado, se les mueve á dar estas carreras. Pero prescindiendo de que no son estos los verdaderos medios para fomentar la instruccion pública, yo no creo que el declarar colacionables tales gastos ha de ser un motivo para apartar á los hijos de estas carreras; pues de cualquiera manera que sea, si los padres tienen medios y voluntad para costearlas, y al mismo tiempo ven que los hijos tienen disposicion para ellas, y que éstos han de hallar por esta via su decente subsistencia, los dedicarán sin duda á ellas, mas no en otro caso. Al contrario me parece que algunas veces podrá suceder que padres amantes de sus hijos y que no hacen distincion á favor de ninguno de ellos, se abstendrán de causar estos considerables dispendios; porque ven que de esta manera no se guarda la debida igualdad con los demás hermanos que no se han dedicado á nin-

guna de las tales carreras liberales ó científicas. He aquí pues por este lado la contra del objeto que se propone la ley; y no se crea que este resultado sea tan raro, padres escrupulosos y deseosos de evitar discordias entre sus hijos, no dudo que obren así con alguna frecuencia. Mas aun admitido el principio de que se carguen á los hijos los gastos que hagan en sus estudios mayores, no por eso pretendo el que se comprendan en ellos precisamente todos los que causen estando fuera de sus casas, pues bien es menester considerar que durante este tiempo debieron igualmente en ellas alimentarse, vestirse y atender á las demás necesidades suyas. Por consiguiente, nada mas justo que del monto de lo espendido con aquel motivo, se rebaje para la cuenta lo que pudo haber gastado en compañía de sus padres.

Tampoco son colacionables los gastos y donaciones que hagan los padres á los hijos espresando que no quieren que se les imputen; pero esto es una confusion de ideas. En efecto, la colacion tiene por objeto formar la masa general de la herencia, y no solo para ver cuánto corresponde de legítima á cada coheredero, sino tambien para enterarse si el difunto excedió en sus liberalidades de la tasa legal: esto no se puede saber sin que los mejorados lleven á la cuenta sus mejoras, por consiguiente no se puede menos de hacer la reunion al cúmulo. Pero como digo, es menester no confundir las especies: una cosa es el que en el inventario de los bienes hereditarios se incluyan las donaciones hechas á título de mejoras, y otra es que por esto se carguen ellas en la legítima que le corresponde. Así, llegados los hermanos á una particion formal, habria de comprenderse ella en el inventario, como si todavía existie-

se en poder de aquel. Hecho esto se veia con facilidad si habria recibido de mas ó de menos la mejora ó legítima: en el primer caso deberá devolver el exceso; en el segundo tendrá derecho á un algo mas. ¿Y cómo se ha de saber si la donacion ó mejora llega ó no á la porcion libremente disponible si no se hace una cuenta de ella, ó lo que es lo mismo, si no se trae á colacion? Luego es claro que nuestros comentadores de las leyes de Toro se equivocan y confunden las ideas cuando dicen en su language jurídico, que no se deben traer á colacion las donaciones simples ó mejoras de tercio y quinto hechas por los padres á los hijos, y recibidas por éstos en vida de aquellos.

He establecido anteriormente el principio de aplicar á los padres el usufructo de los bienes peculiares de los hijos, mientras éstos no llegan á emanciparse, y esta aplicacion se funda en la justicia que hay en que se indemnice á los primeros de los gastos que hacen con éstos y de las molestias que les causan. Pero supuesto que los hijos tienen rentas suficientes para cubrir todos sus gastos y atenciones, ya los padres no tienen perjuicio con ellos ni gastan cosa alguna de su bolsillo; por consiguiente nada mas regular que el que no se carguen á aquellos sus dispendios.

Creo que se puede aplicar aquí la máxima tantas veces repetida de la utilidad que hay en inspirar á todo poseedor confianza, de que cualquier mejora-miento verdaderamente útil que haga en la finca, le será reconocido en cualquier caso. Así exige este principio que cuando se lleva á colacion la misma cosa ya dada y que obra en poder del donatario, se haga su tasacion segun el valor que actualmente tenga y no segun el que tenia cuando la tomó, y en consecuencia

se le abone lo que de mas valga, ó que en caso de haberla deteriorado se le carguen los deterioros. No disponiéndose así para el primer caso, el poseedor no haria los mejoramientos, porque considerándolos por perdidos no tendria interés para verificarlos, y en el segundo se cargarían contra lo que dicta la justicia á algunos, los menoscabos causados sin culpa suya y en manos ajenas: así apenas podrá haber quien no adopte la disposicion que comento.

TITULO 23.

CAPÍTULO ÚNICO.

OBSERVACIONES QUE EL PARTIDOR DEBERA TENER PRESENTES EN LA DIVISION DE BIENES ENTRE HEREDEROS ETRAÑOS.

1. A falta de ascendientes y descendientes, puede el testador nombrar para que le sucedan en sus bienes á cualquiera persona estraña.
2. Modo de hacer la cuenta cuando el testador reparte su herencia entre tres, dejando al primero la mitad, al segundo la tercera y al último la cuarta parte.
3. Modo mas fácil y sencillo de sacar la referida cuenta.
- 4, 5 y 6. ¿Cómo se hará la division en el caso de haber instituido el testador tres ó mas herederos, mejorando á uno en el tercio y á otro en el quinto de todos sus bienes?

1. A falta de descendientes y ascendientes, que son los herederos legítimos y forzosos, puede nombrar el testador para que le sucedan en sus bienes á cualquier individuo ó corporacion, que no sea de los escluidos por la ley, como se dijo en el lib. 2.º, tit. 4, cap. 6.º, donde se trató estensamente de la sucesion testamentaria de los herederos estraños; mas dando por supuesta aquella doctrina, resta ahora añadir algunas advertencias que allí se omitieron por ser mas propias de este lugar.

2. Primeramente debe tener presente el partidor que si el testador únicamente señalase á cada uno de los herederos estraños la parte ó porcion de herencia, sin designar la cantidad que haya de entregárseles, deberá guardar-

se una regla de proporcion á fin de que ninguno de ellos salga perjudicado. Así por ejemplo, si el testador repartiére entre tres sus bienes, cuyo valor era de 12000 pesos, dejando al uno la mitad, al otro la tercera parte y la cuarta al último, resultará que la mitad serán 6000, la tercera parte 4000, y la cuarta 3000; pero como 6, 4 y 3 componen 13, se debe formar la regla siguiente: Si 13 dan 12000, ¿cuántos darán 6, cuantos 4, y cuantos 3? y se verá que ni la mitad son 6000 cabales, ni la tercera parte 4000, ni la cuarta 3000; y así ninguno resultará agraviado en su legítimo haber.

3. Tambien se podrá girar la cuenta segun otro método que pone el adicionador de Febrero, á saber, haciéndole de la

herencia tantas partes cuantas señaló el testador, y dando á cada uno lo que se previene en el testamento. Así en el caso propuesto que la herencia ascendiendo á 12000 pesos se hacen trece partes, esto es, si se divide por 13 se verá que cada una de las trece partes en que el testador dividió su herencia, es 923 pesos 2 y $\frac{6}{10}$ de maravedís, de modo que al uno le tocarán 5538 pesos 15 y $\frac{1}{10}$ de maravedís, por lo que le asignó con el nombre de mitad, al que se le señaló el tercio le corresponden 3692 pesos 10 y $\frac{5}{10}$ de maravedís, y el último recibirá por su cuarta parte 2769 pesos 17 y $\frac{3}{10}$ de maravedís. Y lo mismo se practicará en otras instituciones semejantes de distintas porciones ó cuotas.

4. Ofrécese la cuestion de si eligiendo el testador por sus herederos á tres ó mas estraños, y mejorando á dos de ellos, el uno en el tercio de todos sus bienes, y al otro en el quinto tambien de todos, y no diciendo cual se ha de deducir primero, ¿deberá sacarse antes el tercio ó el quinto? Con arreglo á la ley 214 del Estilo, parece que deberia sacarse primero éste, para que fuese mayor, y tuviera mas de que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, segun se practica cuando testa entre descendientes.

5. Sin embargo, no deberá ejecutarse en estos términos, ni tampoco bajarse antes el tercio, á no ser que lo mande expresamente el testador, por las siguientes razones. 1.^a Porque testando entre estraños, no se deducen del quinto los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, como cuando testa entre descendientes, á menos que así lo prescriba el testador, sino del cuerpo de su caudal, observando lo dispuesto por derecho

comun en lo que no está corregido por el nuestro; pues como la ley de Estilo habla solamente entre hijos, y aquí no hay que atender á legítima alguna por ser libre el testador en disponer á su arbitrio de todos sus bienes, cesan las razones que existen cuando deja legítimos descendientes por lo que no debe ampliarse en este caso. 2.^a Porque de bajarse cualquiera de ellos, primero uno y del residuo el otro, sale perjudicado el interesado en éste, y por consiguiente no lo lleva íntegro de todos los bienes del testador, como éste dispuso. Por lo mismo no debe deducirse el uno de ellos del total del caudal líquido, y luego tambien el otro del mismo total, como si nada se hubiera deducido de él; pues seria mayor injusticia, porque entonces se deduce éste del caudal imaginario que ya no hay, y se perjudica á los que no son mejorados.

6. Para proceder, pues, con justificacion, y que cada uno lleve lo que le toca con arreglo á la intencion del testador, se ha de girar la cuenta por la misma regla proporcional, de modo que cada mejorado lleve la cuota que como tal le corresponde junto con los demás bienes de la herencia, y luego con los que no obtuvieron mejora entren en ambos igualmente á partir el residuo de ella, despues de sacado el total de dicha mejora. Lo mismo debe practicarse aunque el testador dijese que mejoraba solamente al uno en el tercio, y al otro en el quinto de sus bienes, porque la proposicion indefinida equivale á la universal. Todo lo dicho se entiende excepto que el testador disponga expresamente otra cosa, pues su voluntad será la regla que deberá observar el contador.

•••••

TITULO 24.

De la rescision de las particiones y de la eviccion á que quedan obligados los coherederos.

CAPÍTULO I.

DE LAS CAUSAS PORQUE PUEDEN IMPUGNARSE Y RESCINDIRSE LAS PARTICIONES.

1. Hecha la particion judicialmente, debe el juez dar traslado de ella á los interesados.
2. Si la consienten, ha de proceder el juez á su aprobacion; pero si alguno dice de agravios, debe comunicárselos á los otros para que espongan lo que les convenga.
3. Causas porque se pueden rescindir las particiones.
4. Procede lo dicho, ya provenga la lesion de error sustancial sin dolo, ó ya los contadores irroguen agravio en el modo de liquidar ó deducir ó de cualquiera otra manera.
5. Otra causa porque se puede impugnar la particion es por lesion enormísima.
6. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, no deben anularse las particiones.
7. Tambien puede rescindirse las particiones cuando por olvido, engaño ú ocultacion se dejó de colacionar y dividir alguna cosa de la herencia.
8. Si las cosas se hubieren ocultado por algun heredero no se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion.
9. Tambien se pueden impugnar las particiones por haber sido hechas con el que por ningun título era heredero.

1. Hecha la particion judicialmente, ya sea por los peritos que hubiesen elegido las partes, ó por los partidores nombrados públicamente en donde los hay, y presentada al juez de la testamentaría del difunto, se dará traslado de ella á los interesados, para que ó bien manifiesten su conformidad si la creen arreglada, ó bien en caso contrario espongan los errores y agravios que tenga, aunque juntos no importen la sexta parte de su respectivo haber. Con igual objeto debe comunicárseles, siendo mayores cuando la hacen los partidores que nombra el testador para ello, y siendo menores á sus tutores ó curadores; si bien aunque éstos la consientan, podrán aquellos pedir restitution de los agravios que recibiesen dentro de los cuatro años siguientes á los veinticinco de edad.
- Por manera que lo mismo es que la aprueben ó no si los contiene; pues ni el permiso concedido á los testadores para que los nombren, ni su nombramiento les da facultad para agraviarlos, ni les priva de usar de su derecho, porque todo esto seria injusto, y solo sirve para libertarlos de gastos inútiles y perjuicios que se les irrogarian procediéndose judicialmente.
2. En el caso de que la consintiesen, procederá el juez á su aprobacion; mas si alguno se creyese agraviado deberá aquel manifestarlo á los otros, á fin de que espongan lo que les convenga. Si los agravios consistiesen en hecho, se han de ventilar en juicio ordinario, y si en derecho, deberá el juez decidir en vista de lo que aleguen, porque en materia de derecho no hay prueba que hacer, por

hallarse resuelto en éste lo que se ha de determinar. El agraviado puede apelar de esta sentencia dentro del término de la ley en la forma regular, y hasta que se ejecute y deshaga el agravio, no se espide ni debe espedir á los interesados el testimonio de su respectiva adjudicacion.

3. Hay varias causas por las cuales se pueden rescindir las particiones, y son las que espresamos á continuacion. En primer lugar, procede la rescision, si se hubiere hecho la particion ante juez del todo incompetente, y esta nulidad se puede alegar en todo tiempo; pues es tan grave que impide la ejecucion, aunque sea de tres sentencias conformes, y no solo se anula la sentencia, sino tambien todo lo obrado ante aquel. Tambien pueden impugnarse las particiones por falta de citacion de los interesados, é igualmente por razon de perjuicio ó lesion que hubieren sufrido, advirtiéndose que no basta que saliesen perjudicados en una sola cosa, sino que por lo menos ha de ser en la sesta de todo su legitimo haber; porque si fuere solamente en una, se puede compensar la lesion de ella con el mayor valor de la otra, y así no hay lugar á su admision.

4. Lo dicho tiene lugar, ya proceda la lesion de error sustancial sin dolo, ya se omita por ignorancia ó mala fé el colacionar alguna cosa, ó ya los contadores causen agravio en el modo de liquidar ó deducir, ó de cualquiera otra manera, pues la ley no distingue; á menos que sobre el error ó agravio haya recaido transaccion ó sentencia dada en juicio contradictorio, con pleno conocimiento de causa. Y esto procede ya sea hecha la particion por el juez, ya por árbitro, ó ya con el que en realidad no es heredero; advirtiendo que para que ten-

ga lugar la lesion en mas ó menos de la mitad, debe haberse hecho la particion por convenio de los interesados; pues cuando lo es por contadores basta, como se ha dicho, que lo sea en la sesta parte.

5. Puede igualmente impugnarse la particion si hubiere lesion enormísima; porque se presume que hubo dolo, el cual en todo acto y disposicion se entiende exceptuado, por ser contra derecho. En este caso será oido el perjudicado, aunque sea mayor y hubiere jurado no contravenir las particiones, porque esta lesion no se comprende en la renuncia general; y así se debe volver á hacer, si los errores y lesion son sustanciales, y tan enormes que no se pudieren enmendar de otra manera; porque pudiendo hacerse así deben reformarse, y permitirse al demandado la eleccion de que se deshagan, ó supla el engaño. Este último medio es el que debe adoptarse con preferencia, pues por él se evitan nuevos dispendios y dilaciones á los interesados, á pesar de que algunos autores no están por el suplemento.

6. Si la lesion proviniese de mero error de cálculo, no deberán entonces deshacerse las particiones, sino por medio de notas ó advertencias enmendar las equivocaciones padecidas en la suma ó cantidad, espresándolo en la sentencia de aprobacion, para que no se dude que se tuvieron presentes, é insertándolas en cada testimonio de adjudicacion ó hijuela. Esto mismo se observará aun cuando el cálculo y particion se aprueben por las partes, porque esta aprobacion se presume hecha sin voluntad ni conocimiento, y nula por razon del cálculo y division; pues con el mismo error con que se hicieron una y otra, se entiende hecha su aprobacion. Mas si la particion fuese nula por derecho, se debe hacer de nuevo, porque

lo que de derecho es nulo, se tiene por no hecho, y ningun efecto surte; y así no se puede rescindir ni enmendar.

7. Otra de las causas porque pueden impugnarse las particiones es cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion, se dejó de colacionar y dividir alguna cosa de la herencia. En este caso el que debió traerla á colacion podrá ser compelido á ello de oficio, porque en este juicio nada debe quedar proindiviso; bien que por esto no se deben rescindir las particiones hechas, ni ser oido el que pretenda su rescision, sino únicamente proceder á la division de lo que faltaba dividir. Esto procede aun cuando la particion se hubiere verificado por árbitro, y aunque en el compromiso se impusiese pena contra el que la impugnase; y así puede el interesado sin peligro de incurrir en la pena impuesta pretender que se dividan las cosas omitidas. La razon es porque por este hecho no se impugna la particion, sino únicamente se pretende que lo omitido se parta, y que el juicio se perfeccione y concluya, lo cual es muy diverso; del mismo modo que cuando el juez deja de declarar ó determinar en las sentencias acerca de algunas pretensiones de los contadores, se le pide declare y determine sobre lo que omitió; pues

con semejante omision no se puede decir conclusa totalmente la instancia.

8. Si las cosas no se omitieron por error ó ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho menos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion; porque en todo negocio y contrato, aunque se celebre con las espresiones mas ámplias, siempre se entiende exceptuado el dolo. Pero es de advertir que si las particiones se hicieron judicialmente, se ha de proceder por la accion de *communi dividendo* y no por la de *familiae aersiscundae* sobre todas las cosas que no se dividieron; á no ser que se hubiese formalizado estrajudicialmente entre los herederos, pues entonces se puede proceder por esta accion.

9. Finalmente pueden rescindirse las particiones por haberse incluido en ellas á alguno que por ningun título era heredero. Y esto procederá aun cuando se hubiere impuesto pena al que la impugnase, no pudiendo ninguno ser compelido á pasar por ella, porque el error vicia el consentimiento é impide la adquisicion de dominio. Pero si se hicieron con el heredero presunto, y se confirmaron por sentencia, no se pueden impugnar por esta causa, porque la division hecha de este modo impide la repeticion de lo pagado como no debido.

CAPITULO II.

MODOS COMO PUEDEN DESHACERSE LOS AGRAVIOS COMETIDOS EN LAS PARTICIONES.

1. Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones, apelando de la sentencia.
2. Tambien se pueden deshacer por vía de restitution *in integrum*.
3. Utilidades que resultan de este remedio.
4. No será restituído el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fué perjudicado sin intervenir fraude.

5. ¿Cuando se puede reformar la particion hecha entre los hermanos?
6. Los coherederos que en virtud de la division nulamente hecha, recibieron sus porciones sin su culpa, no tendrán obligacion á colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente.

1. Los agravios cometidos en las particiones pueden reformarse apelando de la sentencia, pues no hay duda que se puede apelar así de las particiones hechas por el juez ordinario, como por los partidores nombrados por las partes, si bien de las formalizadas por éstos cuando se nombran estrajudicialmente no puede haber apelacion, porque no son jueces, y no siéndolos no pueden dictar sentencias, sino solo dar su parecer como peritos.

2. Tambien pueden deshacerse por via de restitution por entero, habiendo lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, siendo menor de edad el perjudicado. Es de advertir además que aunque está prohibido al menor la division de la herencia ó cosa comun, sin que intervenga decreto del juez y la autoridad de su tutor ó curador, porque es especie de enagenacion; esto se entiende sin embargo cuando todos los partícipes son menores, porque á ninguno se permite provocar á juicio al otro por sí solo. Pero si el menor es provocado á la division por el sócio ó partícipe menor de edad, valdrá ésta con solo la autoridad de su tutor ó curador. La razon es porque seria injusto que el mayor que no contrajo con el menor, estuviese contra su voluntad en comunion con él y esperase hasta que llegara á la mayor edad; por lo que ni en este caso, ni cuando el testador deja nombradas personas que la ejecuten, es necesaria la intervencion judicial.

3. De este remedio resultan varias ventajas, pues por él debe ser restituído

el menor, aunque la lesion fuese pequeña, á no ser que por la restitution de cosa ó cantidad mínima se irrogue perjuicio al mayor; pues entonces se le deniega. Para calificar la lesion de pequeña ó de grande, ha de atenderse á la cosa en sí ó á la cosa que pretende se restituya, y no comparativamente á otra cosa ó suma mayor; por ejemplo, la lesion de cincuenta respecto de mil es pequeña, pero considerada en sí misma no lo es. Además, esta restitution contra las particiones dura hasta los veintinueve años del menor perjudicado, é impide la ejecucion de la sentencia ó de las particiones hechas ó aprobadas por ésta, á menos que se proceda maliciosamente con objeto de impedirla ó retardarla, y no debe hacerse ninguna innovacion hasta la terminacion del litigio, si bien mientras dura éste no se revoca lo ejecutado.

4. Mas el menor no tendrá derecho alguno á la restitution si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fué perjudicado, sin haber fraude ni mala fé; ya por la incertidumbre de á quién tocaria, la cual es causa de que se reciban muchas cosas que no se admitirian; ya tambien, porque hizo lo que el hombre mas diligente hubiera practicado; debiendo además advertir que cuando puede resultar daño y lucro, no se debe pedir restitution, nulidad ni otro remedio; porque la lesion es eventual, y porque así como por ella fué perjudicado, pudo serlo otro en su lugar. Lo mismo debe decirse cuando los interesados lo fueron en la estimacion de los bienes que se les adjudicaron, pues guardando igualdad ninguno puede quejarse de lesion, ya sea mayor ó menor.

5. Si en la particion entre hermanos se hubiese dado á uno mas de lo que le correspondia, no se ha de deshacer ni retractar, sino únicamente resarcir el daño ó lesion á arbitrio del juez. Mas la particion hecha por el padre entre sus hijos, debe observarse aunque haya dado á uno mas que á los otros, y así no pueden quejarse de ella ni contravenirla, porque éste se entiende mejorado, á menos que lo que le dió de mas excediese de su legítima y mejora: pues en este caso restituirá el exceso á los herederos, como se dijo cuando se trató de esta materia. Es de advertir tambien que la particion hecha justamente entre los hermanos mayores de veinticinco años aunque no conste por escrito, no se puede deshacer, y mucho menos si en virtud de ella tomaron posesion de lo que les tocó.

6. Si en virtud de la division hecha con vicio de nulidad recibieron los coherederos sus porciones, y durante el plei-

to sobre validacion ó nulidad de ella recibieron sin su culpa los bienes que las componian, no tendrán obligacion de colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente; y la razon es porque en la division y contrato nulo no se trasfiere el dominio, y la cosa perece para su dueño. Así que los bienes perecerán para la herencia en comun, y no para los coherederos á quienes se aplicaron, y éstos recibirán nuevamente sus partes, como si la division no se hubiera ejecutado; que si enagenaron alguna cosa y recibieron su precio, será esto lo único que colacionaren. Tampoco tendrán obligacion de devolver los frutos percibidos de ellos; porque fueron poseedores de buena fé, en virtud de título, á lo menos presuntamente válido, cual es la division, y los que poseen de esta suerte, no están obligados regularmente á la restitucion de frutos.

CAPÍTULO III.

DE LA EVICCIÓN Á QUE ESTÁN OBLIGADOS LOS COHEREDEROS POR LOS BIENES HEREDITARIOS DIVIDIDOS ENTRE ELLOS.

1. Si despues de hecha la particion, y entregada á cada heredero la posesion de la parte que le hubiere tocado, le quitase en juicio algun tercero dicha parte, deberá ser reintegrado por los coherederos.

2. No obsta alegar que no tiene lugar la eviccion en las últimas voluntades porque en virtud de ellas se adquiere por título lucrativo.

3. No há lugar á la eviccion cuando el padre deja hecha la division de bienes entre sus hijos.

4. Pero sí tendrá lugar cuando la division es hecha por los hermanos, excepto en los casos que se espresan.

5. ¿Si corresponderá al legatario el derecho de eviccion contra los herederos del testador, por habérsele quitado en juicio lo cosa legada?

6. Habrá lugar á la eviccion, si el legado se hubiere hecho á un pariente muy cercano del testador, aunque éste ignorase que la cosa legada era agena.

1. Si despues de hecha la particion { de la parte que le hubiere tocado, le quita y entregada á cada heredero la posesion } se en juicio algun tercero dicha parte ó al-

guna de las cosas que se le adjudicaron, el heredero tendrá derecho de repetir contra los demás siempre que haya hecho citarlos de evicción al principio del litigio, para que salgan á su defensa, debiendo además continuar la causa con diligencia sin dolo ni calumnia; apelar si fuese condenado en primera instancia y seguir la apelacion hasta finalizarse el pleito, pero omitiendo cualquiera de estas circunstancias no podrá reclamar la evicción aun cuando los coherederos tengan noticia del litigio, pues es indispensable su interpelacion judicial. Prévios dichos requisitos, si hubiere entregado la cosa demandada en virtud de sentencia ejecutoriada, podrá exigir de los coherederos el reintegro de lo que hubiere perdido, y ellos estarán obligados á satisfacerlo. La razon es porque la division se considera como una permuta y compra tácita de la porcion que competia al coheredero en cada una de las cosas que existian proindiviso, y cada interesado tiene derecho á cualquiera mínima parte de lo que está sin dividir; y el contrato de permuta es de tal naturaleza, que si la cosa recibida en trueque falta ó se quite por evicción al permutante, tiene este recurso para recuperar la que dió ó cambió.

2. Esta doctrina procede aunque se alegue que en las últimas voluntades no debe tener lugar la evicción; porque en virtud de ellas se adquieren por título lucrativo las cosas dejadas, y porque seria gravosa y nociva al donante su liberalidad, pues el estar el heredero á la evicción, no es porque el testador lo estuviese por lo que dejó ó legó liberalmente, sino porque quiso que cada heredero llevase su porcion íntegra. Así pues, si otro extraño se la quita, debe hacerse de modo que se cumpla la voluntad del difunto, mucho mas si la cosa quitada se dió

al hijo en pago de su legítima, ya se hubiese adjudicado por el juez en la particion, ó estrajudicialmente entre los hijos, ya la hubiese señalado el padre en su testamento, ó entregado á cuenta de ella en vida. Pero si los herederos pactasen espresamente que aunque se le quitase la cosa adjudicada á alguno, no ha de haber lugar á la evicción, no se dará accion de esta naturaleza.

3. No ha lugar á la evicción cuando el padre deja hecha la division de bienes entre sus hijos, siempre que no resulte perjuicio en las legítimas; pero habiéndolo, debe reintegrarse al hijo perjudicado, si perdiere en juicio algo de lo que se le adjudicó.

4. Si los mismos hermanos hicieren la division de los bienes hereditarios, tendrá lugar la evicción, excepto en los casos siguientes: 1.º Si estipularon entre sí que ninguno quedase obligado de evicción á los otros cuyo pacto será tambien válido, y habrá de cumplirse respecto á toda clase de herederos: 2.º Cuando la misma cosa se pierde por su propia condicion ó naturaleza, por ejemplo: si un hermano á quien se hubiere adjudicado un fundo, muriese dejando á una hija incapaz de obtenerlo, y pasase por esta razon á un tio de la misma, en cuyo caso no le compete el derecho de evicción: 3.º Cuando la misma cosa ó finca que se dudaba perteneciese á la herencia, se dividió igualmente entre todos los hermanos; pues si se las quitan en juicio, en este caso es igual la pérdida para todos; á menos que por esta razon quedase perjudicado alguno de ellos en su legítima, pues entonces deben completársela los coherederos: 4.º Cuando uno de los hermanos conviene en recibir una cosa que sabe y le consta ser litigiosa, y no protesta que en el caso de ser

vencido queden los coherederos obligados de evicción, pues su silencio en este supuesto está indicando haber renunciado tácitamente su acción y derecho.

5. Corresponde también al legatario la evicción contra los herederos del testador por la cosa legada que se le quitó en juicio, si el legado fuere genérico; mas no cuando sea específico. La razón de esta diferencia es que cuando se lega una cosa determinada, por ejemplo tal heredad, se presume que el testador la suponía suya, y que de lo contrario no la hubiera legado. No obstante, si sabiendo que era ajena la legase, estará el heredero obligado á la evicción, y deberá redimir y comprar la cosa, pagando á su dueño lo que valga para entregarla al legatario.

6. La misma obligación tendrá si el legado se hubiere hecho á un pariente muy cercano del testador, aunque éste ignore que la cosa legada era ajena; porque

en tal caso se presume por la proximidad del parentesco haber sido la voluntad del testador que tuviese efecto el legado, aun sabiendo el que la cosa era ajena. Exceptúasen de esta regla los tres casos siguientes, en que no tiene lugar la evicción: 1.º Cuando el padre legó á algún hijo con el título de mejora ó fideicomiso la cosa ajena, creyendo ser suya; ó resultando nula la causa porque creía pertenecerle; v. g., si la hubiere comprado á un pupilo sin las solemnidades legales: 2.º Cuando el difunto dejó legada una cosa que había tenido esperanza de adquirir, lo cual no llegó á verificarse, pues se presume que hizo el legado bajo esta condición: 3.º Si el testador legase algo creyendo ser suyo por alguna causa que espere al tiempo de su muerte; á menos que con este conocimiento la hubiese legado, pues entonces se dará la evicción.



DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

Después de haber tratado de los derechos reales, esto es, del dominio y sus efectos, así como de los diferentes modos de adquirirlo ya particulares, ya universales, pasamos á hacernos cargo de los derechos conocidos con el nombre de personales. Llámense así porque el efecto activo y pasivo de los mismos es siempre la persona; que es la que únicamente puede exigir, y de la cual se puede reclamar el cumplimiento ó ejecución de las obligaciones que de ellos emanan.

TITULO 25.

Nociones generales sobre las obligaciones y contratos.

CAPÍTULO I.

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.

1. Que sea obligación y sus divisiones.
2. ¿Qué es obligación civil y de donde dimana?
3. Personas que no pueden obligarse civilmente.—Los derechos y las obligaciones que no son

inherentes á la persona del que las adquirió ó las contrajo, pasan á los sucesores por el título universal ó particular.

4. ¿Cuál es la obligacion condicional?
5. Cuando la condicion se refiere á un hecho, verificado ya aunque ignorado de los que contratan, la obligacion produce efecto desde el momento que ha sido contraida.
6. La condicion imposible ó contraria á las buenas costumbres anula la obligacion.
7. La condicion cumplida se refiere al tiempo de contraerse la obligacion.
8. Cuando se contrae bajo la condicion de que un suceso no tenga lugar dentro de cierto tiempo determinado, la obligacion es eficaz si el tiempo que se prefijó pasare sin haberse verificado el suceso.
9. Se entiende cumplida una condicion, cuando el no verificarse proviene de culpa del obligado á egecutarla.
10. Toda condicion debe cumplirse en los términos convenidos por los contrayentes.
11. El término ó plazo puesto en las obligaciones retarda la egecucion de éstas hasta que llegue aquel.
12. La obligacion de dar ó hacer alguna cosa hasta cierto dia espira llegado éste.
13. Siempre que en las obligaciones se designa término, se presume que éste se ha establecido en beneficio del deudor.
14. ¿Qué sea obligacion alternativa? El deudor en esta clase de obligaciones se liberta entregando ó ejecutando una de las dos cosas que era objeto de la obligacion.
15. Aunque la obligacion haya sido alternativa, se presume contraida simplemente, cuando una de las dos cosas prometidas no podia ser objeto de aquella.
16. Cuando la obligacion alternativa consiste en dar ó hacer alguna cosa á favor de una de dos personas, se liberta el deudor cumpliendo con una de ellas.
17. Las obligaciones mancomunadas pueden verificarse entre acreedores y deudores.
18. El deudor tiene la eleccion de pagar á cualquiera de los acreedores mancomunados, y excepciones de esta regla.
19. ¿Cuándo hay mancomunidad entre deudores?
20. Para que la mancomunidad se entienda establecida, es preciso estipularla espresamente.
21. Aunque el acreedor haya establecido contra uno de los herederos mancomunados la reclamacion del pago de la totalidad de la deuda, no perderá el derecho de dirigirla tambien contra cualquiera de los deudores cuando aquella haya sido ineficaz.
22. El pago total hecho por uno de los deudores estingue la obligacion de los demás para con el acreedor.
23. ¿Qué sean obligaciones divisibles ó indivisibles?
24. La mancomunidad de un contrato no supone que la obligacion sea indivisible.
25. ¿Qué son obligaciones con cláusula penal?
26. Llegando el tiempo en que el deudor debió cumplir su obligacion sin haberlo verificado, tiene el acreedor derecho á pedir el cumplimiento ó la pena establecida.
27. Efectos que producen las obligaciones.
28. Reglas que deberán regir por lo que hace al tiempo en que deberán cumplirse las obligaciones.
29. Excepcion de las reglas anteriores.

1. La obligacion es un vínculo legal que no produce accion civil para reclamar su cumplimiento, el cual depende de la voluntad ó buena fé del obligado. Esta obligacion puede nacer de hecho ó de la voluntad ó buena fé del obligado. Puede ser natural y solo de la voluntad ó buena fé del obligado (1). Obligacion natural es aquella que no produce accion civil para reclamar su cumplimiento, el cual depende de la voluntad ó buena fé del obligado. Esta obligacion puede nacer de hecho ó de la voluntad ó buena fé del obligado.

(1) Ley 5, tit. 12, p. 5.

cho sin pacto precedente. Se entiende que nace de convenio cuando contrae una persona que, ó no lo ejecuta conforme á los requisitos de la ley, ó no puede hacerlo habitualmente segun la misma. Las obligaciones naturales que dimanar de hechos, pueden ser de muchas clases, y comprenden todos aquellos actos que llamamos oficios de piedad.

2. Obligacion civil es la que con arreglo á las leyes produce accion civil para reclamar su cumplimiento, y puede dimanar de un contrato, de un cuasi contrato, de un delito ó cuasi delito. Estas obligaciones pueden establecerse puramente, bajo condicion ó con cierto término, y son alternativas ó á cierto plazo, mancomunadas entre acreedores y deudores, divisibles ó indivisibles, con cláusula penal ó sin ella.

3. No pueden obligarse civilmente: 1.º El menor que está bajo la patria potestad, tutela ó curaduría, sin consentimiento del padre ó de la madre en su caso, y del tutor ó curador en el suyo: 2.º Aquellos á quienes está prohibida por interdiccion judicial la administracion de sus bienes: 3.º Las mugeres casadas, excepto en los casos determinados por la ley. De consiguiente, las obligaciones contraídas por las referidas personas son nulas en cuanto á los efectos civiles. Los derechos y las obligaciones que no son inherentes á la persona que los adquirió ó los contrajo, pasan á los sucesores por título universal ó particular, proporcionalmente á la cuota hereditaria que correspondiere á aquellos, ó á lo convenido respecto de éstos. Lo mismo se verificará aun en las obligaciones condicionales, cuando el acreedor ó el deudor muriere antes de cumplirse la condicion.

4. Obligacion condicional es aquella en que se pone una calidad ó circunstan-

cia que modifica ó restringe sus efectos. Estas obligaciones cuyo cumplimiento depende del suceso de una condicion, no se reputan contraídas ni producen efecto hasta que se haya verificado aquella (1).

5. Cuando la condicion se refiere á un hecho verificado ya, aunque ignorado de los que contratan, la obligacion produce efecto desde el momento que ha sido contraída. Las condiciones que se refieren á hechos presentes, producen su efecto desde que nacen las obligaciones, y éstas son válidas ó se anulan segun que se ha verificado ó no la condicion.

6. La condicion de cosas imposibles, contrarias á las buenas costumbres ó prohibidas por la ley, anula cualquiera obligacion en que se hubiere puesto (2). Sin embargo, la condicion de no hacer una cosa imposible, se considera como no existente, y la obligacion será válida.

7. La condicion cumplida se refiere al tiempo de contraerse la obligacion, la cual se considera como si se hubiese celebrado puramente desde el principio (3). La obligacion que se contrae bajo la condicion de que haya de verificarse algun suceso para dia determinado, caduca y no tiene efecto, si este dia pasa sin que el suceso se verifique; pero si no hubiere plazo designado, tendrá efecto cualquiera que sea el tiempo en que se cumpla la condicion.

8. Cuando se contrae bajo la condicion de que un suceso no tenga lugar dentro de cierto tiempo determinado, la condicion queda cumplida, y la obligacion es eficaz si el tiempo que se prefijó pasare sin haberse verificado el suceso

(1) Véase lo que dijimos acerca de las condiciones en el cap. 2.º tit. 14 del lib. 2.º

(2) Ley 12, tit. 11, p. 5.

(3) Ley 32, tit. 13, p. 5; leyes 14 y 12 al fin, tit. 11 y 26, tit. 5, p. 5.

pero si por el contrario se verificase, caducará la obligacion.

9. Se tiene por cumplida una condicion aunque no se haya verificado, cuando la falta de cumplimiento proviene de culpa del obligado á ejecutarla. La condicion de que no haya de verificarse un suceso cualquiera en tiempo alguno, anula y hace ineficaz la obligacion en que se puso.

10. Toda condicion debe cumplirse en los términos convenidos, ó en los que mas verosímilmente aparece que quisieron obligarse los interesados. Es de advertir que tambien hay condiciones que no suspenden el cumplimiento de la obligacion ni sus efectos; pero desde el momento en que se verifique el suceso previsto en la condicion, estará obligado el que hubiere recibido la cosa estipulada á devolverla. Debe tambien tenerse presente que en las obligaciones condicionales corre á cargo del deudor el riesgo de las cosas que fueren objeto del convenio, hasta que se haya verificado la condicion.

11. El término ó plazo puesto en las obligaciones retarda la ejecucion de éstas hasta que llegue aquel. Por consiguiente, cuando la obligacion consiste en dar ó hacer alguna cosa desde cierto dia en adelante, no se puede exigir su cumplimiento hasta que llegue el dia señalado, ni el deudor puede ser reconvenido antes por título alguno. A éste, sin embargo, se concede facultad de cumplir la obligacion antes del plazo señalado, con tal que no reciba perjuicio el acreedor ó éste lo consienta; no teniendo el primero derecho á reclamar lo que hubiere pagado antes de tiempo.

12. La obligacion de dar ó hacer alguna cosa hasta cierto dia, espira llegado éste, y el acreedor no puede adquirir por ningún género de prescripcion el derecho de

que el deudor continúe dando ó haciendo lo que era objeto de la obligacion, una vez pasado el dia del plazo. Cuando esta obligacion es por tiempo indeterminado, cesa tambien en el momento de verificarse el hecho, por cuya falta se habia constituido la obligacion.

13. Siempre que en las obligaciones no se designa término, se presume puesto en beneficio del deudor, á menos que del contrato mismo ó de otras circunstancias resulte que se estableció tambien en utilidad del acreedor. Mas si el deudor hubiere quebrado ó disminuido por hechos propios las seguridades dadas al acreedor para el cumplimiento de la obligacion; no podrá reclamar el beneficio del término.

14. Es obligacion alternativa aquella en que uno se obliga á dar ó hacer una de dos cosas. En estas obligaciones el deudor se liberta entregando ó ejecutando una de las dos cosas que eran objeto de la obligacion; pero no puede obligar al acreedor á que reciba parte de una y parte de otra. La eleccion de la cosa que ha de entregarse corresponde siempre al deudor, á menos que este derecho se haya establecido espresamente en beneficio del acreedor.

15. Aunque la obligacion haya sido alternativa, se presume contraida simplemente cuando una de las dos cosas prometidas no podia ser objeto de aquella. Así mismo se convierte de alternativa en pura cuando una de las cosas prometidas parece de modo que no pueda entregarse, en cuyo caso deberá el deudor entregar la cosa que no pereció. Si ambas perecieren sin dolo, culpa ó morosidad suya, queda estinguida la obligacion; pero si hubiese habido culpa por su parte, deberá pagar el precio de la que últimamente pereció.

16. Cuando la obligacion alternativa consiste en dar ó hacer alguna cosa á beneficio de una de dos personas, se liberará el deudor cumpliendo con una de ellas, á eleccion suya, y no tendrá obligacion de satisfacer por mitades á los dos.

17. Las obligaciones mancomunadas pueden verificarse entre acreedores. Se entiende que hay mancomunidad entre acreedores cuando dos ó mas tienen derecho á pedir la totalidad de una cosa ó cantidad, ó la ejecucion de un hecho. No se debe presumir que existe este derecho si no se hubiere estipulado espresamente, sin cuyo requisito cada acreedor solo podrá pedir lo que á prorata le corresponda. No obstante lo dicho, habrá mancomunidad aunque no se hubiere estipulado espresamente, cuando dos ó mas personas tengan derecho á exigir cada uno por su parte una misma cosa ó hecho, cuya ejecucion ó cumplimiento no puede dividirse.

18. El deudor tiene la eleccion de pagar á cualquiera de los acreedores mancomunados, á menos que alguno de ellos le haya exigido el pago de la deuda; en cuyo caso deberá satisfacer á éste no pudiendo los demás establecer contra él reclamacion alguna. Se exceptúa sin embargo el caso en que el acreedor reclamante no haya podido cobrar la totalidad de la deuda, pues entonces los demás conservan su derecho para reclamarla. Si el deudor pagare toda la deuda á uno de los acreedores mancomunados, queda estinguida la obligacion del primero; pero los demás acreedores podrán exigir del que hubiere cobrado la totalidad de la deuda, la parte que á prorata les corresponda.

19. Hay mancomunidad y obligacion *in solidum* entre deudores, cuando dos

ó mas personas se obligan espresamente cada una por sí, y en un mismo contrato al pago de la totalidad de deuda, ó á la ejecucion total de algun hecho (1). Tambien habrá mancomunidad entre deudores en los dos casos siguientes: 1.º Cuando alguno de ellos se hubiere obligado de diferente modo que los otros; como si la obligacion del uno fuese pura y simple, y la del otro condicional ó á término. 2.º Siempre que dos ó mas personas se obliguen á dar una cosa ó ejecutar algun hecho cuyo cumplimiento no admita division, aunque en el contrato no se haya espresado la mancomunidad.

20. La mancomunidad entre deudores nunca se presume establecida, y es necesario estipularla espresamente; á menos que se halle constituida ó supuesta en virtud de una disposicion legal, advirtiéndose que siempre que exista dicha mancomunidad entre deudores, tendrá el acreedor derecho á pedir la totalidad de la deuda al deudor que quisiere; y éste no podrá usar de la division; pero satisfecha por él dicha totalidad, tendrá derecho á reclamar de los demás condeudores la parte que les corresponda á prorata, dividida la obligacion entre todos. No obstante, si el deudor que hubiere satisfecho la totalidad fuere el único que reciba utilidad del contrato, no podrá reclamar de los condeudores la parte que á prorata les corresponda (2).

21. Aunque el acreedor haya reclamado contra uno de los deudores mancomunados el pago de la totalidad de la deuda, no perderá el derecho de repetir tambien contra cualquiera de los otros, si su reclamacion hubiere sido ineficaz en todo ó en parte. Si ésta se hiciere judi-

(1) Ley 10, tit. 1, lib. 10, N. R.

(2) Leyes 8 y 11, tit. 11, p. 5.

cialmente, perjudicarán al acreedor en este nuevo litigio las pruebas que contra él se hayan hecho en el anterior relativamente á la legitimidad y eficacia de su accion; debiéndose tener presente que la demanda que cualquier acreedor entable contra un deudor para el cumplimiento de la obligacion mancomunada, perjudica á los demás condeudores é igualmente la sentencia que contra él se pronunciaré; pero aquellos podrán apelar de ella, y si la sentencia fuere favorable al deudor que habia litigado, aprovechará también á los mismos.

22. El pago total hecho por uno de los deudores estingue la obligacion de los demás para con el acreedor. Mas la liberacion ó remision de la deuda hecha por el acreedor á uno de los condeudores, se presume tan solo de la parte que le corresponderia dividida entre todos la deuda; siendo necesario para que ésta se entienda remitida en su totalidad que se espresé así terminantemente; á no ser que el acreedor entregare á uno de los condeudores el documento en que conste su crédito, pues entonces se entenderá hecha la remision aun respecto de los demás. Si la cosa debida pereciere por culpa ó morosidad de un deudor, no se librarán los otros de satisfacer la parte de precio que les corresponda á prorata; pero no estarán obligados á pagar intereses ni á resarcir perjuicios; debiéndose advertir que los convenios que el acreedor celebre acerca de la deuda con uno de los deudores, no perjudican ni aprovechan á los demás. Por el contrario todo acto que interrumpe la prescripcion respecto de uno de los acreedores mancomunados, aprovechará á los otros.

23. Las obligaciones pueden tener por objeto un hecho ó cosa que admita ó no cómoda division; en el primer caso la

obligacion será divisible, en el segundo indivisible. Será indivisible una obligacion aunque pueda dividirse la cosa ó hecho que tiene por objeto, cuando atendidas las circunstancias no puede parcialmente ejecutarse el hecho, ó entregarse la cosa estipulada. Es por consiguiente indivisible la obligacion: 1.º Cuando la deuda es hipotecaria: 2.º Cuando la obligacion recae sobre un solo cuerpo ó cosa determinada: 3.º Cuando la deuda es alternativa á eleccion del acreedor, y una de las cosas debidas es indivisible: 4.º Cuando resulta de la naturaleza de la obligacion, ó de la cosa estipulada, ó bien del objeto y fin del contrato, haber sido la intencion de los contratantes que la deuda no se pagase parcialmente.

24. La mancomunidad de un contrato no supone que la obligacion sea indivisible; y al contrario considerada por alguno juntamente con otro una deuda indivisible por su naturaleza, quedará obligado cualquiera de ellos por su totalidad aunque no sean mancomunados. Cuando una obligacion fuere por su naturaleza susceptible de division, los contratantes deberán ejecutarla como si fuera indivisible siempre que no hubiere hecho pacto en contrario.

25. Obligaciones con cláusula penal se llaman aquellas en que se estipula que el deudor haya de pagar cierta pena, si no cumple la obligacion á su debido tiempo. Esta pena no podrá ser corporal, infamatoria ni afictiva, ni de hechos prohibidos por las leyes.

26. Llegado el tiempo en que el deudor debió cumplir su obligacion sin haberlo verificado, tiene el acreedor derecho á pedir el cumplimiento ó la pena establecida, mas no podrá pedir ambas cosas; á menos que se haya concedido este de-

recho espresamente (1). No obstante, el deudor se eximirá del pago de la pena estipulada, siempre que no pueda cumplir la obligacion dentro del tiempo establecido, por alguna causa justa que impida su ejecucion, á no ser que se hubiese pactado lo contrario. Si la obligacion fuere de entregar cierta cosa, no estará el deudor obligado á la pena, cuando aquella hubiere perecido sin culpa suya (2). Tampoco incurrirá el deudor en la pena estipulada, cuando el contrato principal en que ésta se puso estuviese reprobado por las leyes (3). La nulidad de la obligacion principal produce la de la cláusula penal, pero no al contrario (4).

27. Las obligaciones producen los efectos siguientes: 1.ª Constituida legítimamente una obligacion, la parte obligada queda sujeta á su cumplimiento, y no puede eximirse de él en manera alguna. Sin embargo, si el deudor probare que la ejecucion resulta de una fuerza mayor imprevista, cesa la obligacion mientras dura esta causa: 2.ª La obligacion de dar lleva consigo la de entregar la cosa, y conservarla hasta su entrega, bajo la pena de resarcimiento de daños é intereses del acreedor: 3.ª La obligacion de conservar la cosa que debe ser entregada, sujeta al que la tiene en su poder á cuidarla como un diligente padre de familias: 4.ª Si la obligacion fuere de hacer alguna cosa, y el deudor la hubiere ejecutado, mal podrá el acreedor pedir que se deshaga lo hecho, ó se le autorice á deshacerlo á costa del deudor; y si éste no hubiere ejecutado la obligacion de modo alguno cuando ha debido verificarlo, tendrá derecho el acreedor de pedir au-

torizacion para hacerlo á espensas del deudor, pudiendo en uno y otro caso reclamar el resarcimiento de perjuicios: 5.ª Las obligaciones no pueden deshacerse ni revocarse sino por mútuo consentimiento de las partes, ó por otras causas que las leyes determinan y se especificarán tratando de los contratos: 6.ª Si la obligacion es de no hacer una cosa, el que contraviene á ella es responsable de los daños é intereses por el solo hecho de la contravencion: 7.ª La obligacion de hacer una cosa lleva consigo la de ejecutar todo cuanto es necesario para el cumplimiento de la obligacion principal.

28. Por lo que hace al tiempo en que deberán cumplirse las obligaciones, se tendrán presentes las reglas siguientes:

1.ª Toda obligacion deberá cumplirse dentro del tiempo estipulado para su ejecucion; y el deudor ó contratante que así no lo verifique será tenido por moroso, á menos que acredite no haber podido realizarlo por alguna dificultad imprevista ó invencible que haya sobrevenido: 2.ª Si no se hubiere señalado término para el cumplimiento de la obligacion, el deudor estará obligado á cumplirla luego que sea interpelado por el acreedor, concediéndosele el tiempo que estime necesario para poder verificarlo: 3.ª Si la obligacion fuese de dar alguna cosa por un número determinado de años, y no se espresare la época en que haya de darse aquella, el deudor cumplirá con entregarla cada fin de año; pero si el número de éstos fuere indeterminado, estará obligado á dar la cosa al principio de cada año. En todos estos casos el año se contará en los contratos que obligan á ambas partes contratantes desde que la una ha cumplido su obligacion; en los que solo sujetan á uno de los contrayentes; desde el día en que se celebró el contrató.

(1) Ley 34, tit. 11, p. 5.

(2) Ley 37, tit. 11, p. 5.

(3) Ley 38 del mismo tit. y p.

(4) Dicha ley 38.

29. Exceptúanse de las reglas anteriores las obligaciones condicionales y alternativas, las cuales deberán cumplirse en los términos expresados cuando se trató de ellas.

CAPÍTULO II.

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL.

1. Entre nosotros no tiene lugar el sistema de las estipulaciones romanas.
2. ¿Qué sea contrato? y sus divisiones.
3. ¿Que sea contrato oneroso y sus efectos?
4. ¿Si se perderán las arras en caso de haberlas y de no verificarse el contrato?
5. Los contratos pueden ser modificados con toda especie de pactos y condiciones.
6. Los contratos solo producen efecto respecto de las personas que los otorgan.
7. Los contratos obligan á cumplir no solo lo que se expresa en ellos, sino tambien todo lo que exige la naturaleza misma del convenio.
8. Requisitos necesarios para la validez del contrato.
9. No será válido el contrato cuando interviene error, violencia ó dolo.
10. El error ó la ignorancia del derecho á nadie aprovecha para utilizarse ó mejorar su condicion.
11. Tambien es nulo el contrato cuando se ha empleado violencia contra el que lo celebró.
12. Es nulo tambien cuando ha intervenido dolo.
13. Solo pueden ser objeto de los contratos las cosas que están en el comercio de los hombres.
14. El simple uso ó la posesion de una cosa puede ser tambien objeto del contrato.
15. ¿A qué deberá atenderse cuando ocurren dudas acerca de la inteligencia de los contratos?
16. Reglas que se deberán observar en la interpretacion de las dudas que resulten de las cláusulas de un contrato.
- 17 y 18. Casos en que hay lugar al rescarcimiento de daños y perjuicios, y reglas para la prescacion de culpa.
19. El que se ofrece voluntariamente á prestar servicios ó desempeñar encargos, está obligado á emplear una diligencia esmerada.
20. Cuando por no haber cumplido el contrato uno de los contrayentes pidiese al otro la rescision, tiene tambien derecho á reclamar el rescarcimiento de daños y perjuicios.
21. ¿A qué se reduce por punto general el rescarcimiento de daños y perjuicios?
22. Especies de contratos nominados.

1. Entre los romanos se conocian los pactos *nudos* que eran unos meros convenios, y no pasaban á contratos por no tener nombre cierto ni causa civil obligatoria; así que no producian accion civil, sino solo obligacion natural. Mas habiendo establecido nuestras leyes que de cualquier modo que parezca que uno quiso obligarse á otro quede obligado (1), nace entre nosotros obligacion civil y accion de todo pacto hecho deliberadamente (1),

(1) Sin embargo, hay algunos pactos reprobados por las leyes como son el llamado *quota litis*, que es el que hace el litigante con su abogado de darle cierta parte de la cosa objeto del pleito (ley 14, tit. 6, p. 3); el conocido con el nombre de *antichreseos*, que es el que se celebra para que el acreedor que tiene en prenda alguna cosa del deudor perciba sus frutos mientras la tuviere (ley 2, tit. 13, p. 5); y finalmente todos los que se hacen con dolo ó por fuerza ó contra las leyes y buenas costumbres: Leyes 28 y 38, tit. 11. p. 5.

(1) Ley 1, tit. 1, lib. 1, N. R.

y por consiguiente no tiene ya aplicacion el caviloso sistema de las estipulaciones romanas.

2. El contrato se puede definir que es una obligacion espresa entre dos ó mas personas para dar, hacer ó no hacer alguna cosa. Divídense los contratos en nominados é innominados. Llámase nominado, el que es conocido en el derecho con un nombre determinado, como el de la compra y venta. Innominado es aquel que no tiene nombre especial, de los cuales trataré en su lugar oportuno. Pueden tambien ser bilaterales y unilaterales, esto es, obligados ambos contratantes, ó uno solo de ellos respecto del otro. Puede igualmente consistir en obligarse una de las partes á dar ó hacer alguna cosa equivalente ó igual á la que recibió, ó que se hizo en beneficio suyo. Este equivalente puede consistir en la ganancia ó la pérdida que resulte de un acontecimiento incierto, y tambien puede tener por objeto el beneficio ó la ganancia que una de las partes proporciona á la otra gratuitamente.

3. Cuando el contrato sujeta terminantemente á ambas partes á dar ó hacer alguna cosa, se llama contrato por título oneroso. Si en virtud de éste ambos contrayentes quedaren obligados á alguna cosa y el uno no cumpliere por su parte, podrá el otro reclamar el cumplimiento de la obligacion, y en su defecto pedir la rescision del contrato cuando á ella haya lugar. En esta clase de contratos aunque no se haya estipulado el saneamiento, tiene derecho á pedirlo el que recibió la cosa contra el que le transfirió el dominio de ella, cuando un tercero le quita su posesion ó lo perturba en el uso de la misma; mas este derecho no corresponde al que adquirió la cosa por título lucrativo, sino en los ca-

sos particulares determinados por la ley.

4. Si el que falta al cumplimiento del contrato hubiese dado en señal de éste alguna cantidad de dinero, la perderá en el mero hecho de no cumplir lo estipulado; y si el que recibió la señal fuere el contraventor, estará obligado á devolver al otro lo recibido con resarcimiento de daños ó intereses.

5. Los contratos pueden ser modificados por las personas que los otorgan, con toda especie de pactos, condiciones, restricciones, reservas y cláusulas, siempre que no haya en ellas cosa alguna contraria á las leyes ó á las buenas costumbres. Pueden igualmente los contrayentes alterar las obligaciones que producen naturalmente los contratos, aumentarlas, disminuirlas, ó derogarlas, con tal que no lo hagan con dolo ó mala fé; advirtiendo que cualquiera persona que otorgue un contrato puede renunciar á su derecho y á lo que en él se establece para utilidad suya, salva siempre la buena fé.

6. Los contratos solo producen efecto por punto general, respecto á las personas que los otorgan, y nunca perjudican á los que no han intervenido en ellos. Se exceptúan de esta regla los contratos hechos por las personas que están autorizadas para obligarse en nombre de otros. Sin embargo, podrá á veces un contrato aprovechar á una tercera persona que no haya intervenido en él, cuando se trate de libertarla de alguna obligacion, ó de adquirir para ella algun derecho.

7. Los contratos obligan á cumplir no solo lo que se espresa en ellos, sino tambien todo lo que exige la naturaleza misma del convenio. Igualmente quedan los contratantes sujetos á todas las consecuencias que por la equidad, las leyes ó el uso se derivan de la obligacion contrada; siendo de advertir que en todos

aquellos por cuyo medio se traspasan bienes raíces de una mano á otra, debe intervenir escritura pública, como una formalidad necesaria para la solemnidad de acto.

8. Para que sea válido un contrato son necesarios los requisitos siguientes: 1.º Capacidad legal para obligarse, según lo dicho en el núm. 3 del cap. anterior. 2.º El consentimiento de la parte que se obliga. 3.º Un objeto cierto y determinado que forme la materia del contrato. 4.º Causa lícita y honesta de la obligación. Por consiguiente ninguna persona puede contratar por otra sin poder de ésta; y si lo hiciere no será válido el contrato, á menos que la persona en nombre de quien se celebró, lo ratifique ó manifieste querer aprovecharse de él.

9. Tampoco será válido el contrato cuando se hubiere prestado el consentimiento por error, arrancado por violencia ó conseguido con dolo (1). Mas para que proceda la nulidad en cuanto al error, es preciso que éste sea sustancial, es decir, que recaiga sobre la sustancia misma de la cosa, que es objeto del contrato (2). Por consiguiente no habrá nulidad si el error recayere sobre la persona con quien se quiere contratar; á no ser que la consideración de esta misma persona haya sido la causa principal del contrato. También se considera que hay error cuando alguno de los contratantes sufre lesión enorme ó enormísima, cuyos efectos se especificarán cuando tratemos de los contratos en particular. Hay sin embargo algunas personas que no podrán alegar error en algunos contratos, como por ejemplo, los artesanos en obras de su arte que

toman á destajo y en las ventas de pública almoneda.

10. El error ó la ignorancia del derecho concedido por la ley á los individuos, á nadie debe aprovechar para utilizarse ó mejorar su condición. Debe advertirse también que el error ó la ignorancia de los hechos ajenos puede dar lugar á la restitución aun respecto de los mayores de edad, no siendo aquella evidentemente crasa y afectada. Igual beneficio debe gozar el que haya recibido daño por error ó ignorancia de hechos propios, contra la persona á quien no favorece otro título legítimo en la cosa que es objeto de la restitución, sino el error mismo de que provino el daño.

11. La violencia empleada contra el que ha otorgado una obligación es causa de nulidad, aun cuando haya sido ejercida por otra persona distinta de aquella con quien se celebró el contrato; y se entiende que hay violencia cuando se pone á uno en estado de no poder hacer uso de las facultades físicas para resistir el acto, ó cuando dejándole el libre uso de ellas, tiene motivos fundados para temer, que por la resistencia se le seguirá un mal grave é inminente en su persona ó en sus bienes (1). En estos casos deben tenerse en consideración la edad, el sexo, y la condición de las personas.

12. Es nulo también el contrato cuando ha intervenido dolo, el cual se entiende que existe siempre que con palabras engañosas ó con maquinaciones induce uno á otra persona á celebrarlo de tal manera, que sin aquel engaño no hubiera contratado. Cuando el dolo no es causa del contrato, sino que sobreviene durante éste, no produce la nulidad; pero

(1) Leyes 28, tit. 11; 56, tit. 5; y 49, tit. 14, part. 5.

(2) Ley 21, tit. 5, part. 5.

(1) Véase la ley 15, tit. 2, part. 4.

el que engañó estará obligado á indemnizar al que padeció el engaño; debiéndose tener presente que el que sufre la violencia ó el dolo pierde el derecho de reclamar contra la validez del contrato, si sabedor del dolo y libre ya del miedo ó fuerza, cumple despues la obligacion (1).

13. Solo pueden ser objeto de los contratos las cosas que están en el comercio de los hombres (2). Todo contrato tiene por objeto una cosa que alguno de los contratantes se obliga á dar, hacer ó no hacer. Esta obligacion puede ser recíproca entre aquellos.

14. El simple uso ó la posesion de una cosa puede ser objeto de un contrato del propio modo que la cosa misma. Esta cuando es objeto de un contrato, debe ser determinada (3), á lo menos en cuanto á su especie; y no impide la validez del acto, el que la cuota sea incierta, con tal que pueda determinarse. Pueden ser tambien objeto del contrato las cosas futuras, ó que todavía no existen; pero no será válido cualquiera pacto acerca de una herencia futura. Tampoco producirá efecto la obligacion sin causa, ó que tiene una causa falsa ó ilícita; y se dice que la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, ó es contraria á las buenas costumbres ó al orden público.

15. Cuando ocurren dudas acerca de la inteligencia de los contratos, ha de atenderse mas bien á la intencion y objeto que se han propuesto los contrayentes, que al sentido material de las palabras. Si por las espresiones del contrato no se descubriere la verdadera intencion de los contratantes, ó si ésta fuese ambigua; debe interpretarse con arreglo

á la costumbre del lugar donde se haya celebrado el contrato, y del modo mas conforme á la materia y validacion del mismo.

16. Para la interpretacion de las dudas que resulten de las cláusulas obligatorias de un contrato, deberán tenerse presentes las reglas siguientes: 1.ª Siempre que sea posible se interpretarán á favor del que se obligó, á menos que la oscuridad provenga de mala fé, ó de falta de espresion en el que debia explicar claramente su voluntad, en cuyo caso se interpretarán contra éste (1): 2.ª

Todas las cláusulas deben interpretarse las unas por las otras, dándoles el sentido que resulte del contesto de toda la escritura ó documento: 3.ª Aunque un contrato esté concebido en los términos mas generales, nunca se entiende ser estensivo á cosas sobre las cuales no aparece que los otorgantes quisieron contratar: 4.ª Si en un contrato se pone un caso ó ejemplo como para explicacion del mismo, no se entienden restringidas las acciones que da el derecho en otros casos semejantes no espresados.

17. Hay lugar al resarcimiento de daños y perjuicios ó al abono de intereses: 1.º Por dolo ó negligencia de alguno de los contratantes (2): 2.º Por falta de ejecucion en el contrato: 3.º Por morosidad en el cumplimiento del mismo. La responsabilidad de las personas negligentes en la ejecucion del contrato puede ser mayor ó menor, segun los diversos grados de negligencia, y la calidad de los contratos en que se verifique.

18. En los contratos de cuyo otorgamiento resulte beneficio á todas las partes contrayentes, estarán éstas obligadas

(1) Leyes 28, tit. 11; y 49, tit. 14, part. 5.
(2) Leyes 20 y 38, tit. 11, part. 5.
(3) Ley 1, de dicho tit.

(1) Ley 2, tit. 33, part. 7.
(2) Leyes 3, tit. 16, part. 7; y 29, tit. 11, part. 5.

á responder de los perjuicios que se sigan de no poner en el negocio, que es objeto del contrato, el esmero y atencion que acostumbra un hombre diligente y cuidadoso de sus cosas. Cuando el contrato redunda solo en beneficio del que

entrega una cosa á otro, está obligado el que la recibe á responder de los perjuicios que se originan de su abandono ó negligencia absoluta. Finalmente, en los contratos cuya utilidad es solo para el que recibe la cosa, es responsable éste de cuantos daños y perjuicios se sigan de no cuidar de ella con una diligencia muy esmerada.

19. Igual diligencia muy esmerada estará obligado á emplear el que se ofrece voluntariamente á prestar servicios ó desempeñar encargos que exigen la mayor confianza, buena fé, y cuidadoso esmero. En cuanto al caso fortuito debe tenerse presente, que no están obligados los contrayentes á responder de los daños y menoscabos que sufren las cosas por dicha causa ó por accidentes imprevisos é inevitables, á menos que hubiesen pactado espresamente otra cosa, ó que procedan aquellos de inejecucion ó morosidad en el cumplimiento del contrato. En las obligaciones que se otorgan bajo condicion suspensiva, si durante la suspension pereciere enteramente la cosa debida sin culpa del deudor, se extinguirá la responsabilidad del obligado; y si se deteriorare aquella tambien sin culpa suya, podrá en este caso el acreedor pedir la rescision del contrato, ó recibir la cosa en el estado que tenga. Pero si durante dicha condicion suspensiva pereciere la cosa por culpa del deudor, quedará éste obligado á pagar el valor de ella. Si solo se deteriorare tambien por culpa suya, tendrá el acreedor eleccion ó de pedir que se rescinda el

contrato, ó bien de recibir la cosa en el estado que tenga con suplemento del precio en la parte deteriorada, y resarcimiento de daños en uno y otro caso, si hubiere lugar á él segun las circunstancias.

20. Cuando por no haber cumplido el contrato uno de los contratantes pidiere al otro la rescision, tiene tambien derecho á reclamar los daños é intereses. Sin embargo, no habrá lugar á dicho resarcimiento cuando el deudor justifiere que la inejecucion del contrato ha provenido de una causa para él irresistible. Entiéndese haber morosidad de parte del obligado en el contrato, cuando despues de intimado para su cumplimiento no lo verifica, ó cuando en el mismo contrato se hubiere espresado que con solo el vencimiento del plazo y sin necesidad de intimacion sea tenido por moroso. Si la morosidad consistiere en no haber entregado el deudor al plazo convenido la cosa debida al acreedor, será responsable de la pérdida, deterioro ó menoscabo que aquella hubiere sufrido por cualquiera causa que sea, aun cuando provenga de caso fortuito ú otro accidente imprevisto. Pero si el acreedor no quisiere recibir la cosa, será de su cuenta la pérdida ó menoscabo que aquella sufra desde el momento en que debió recibirla.

21. El resarcimiento de daños y perjuicios de que vamos hablando, se reduce por punto general al importe de la pérdida que ha experimentado, ó de la utilidad que ha dejado de percibir el acreedor por el dolo, culpa, falta de ejecucion ó morosidad del otro contratante; siendo de advertir que en las obligaciones que se limitan al pago de una cantidad determinada, se considera como resarcimiento de daños y perjuicios el abono de un interés legal. Este interés de-

berá empezarse á contar desde el momento en que el deudor faltó al cumplimiento del contrato, ó se constituyó moroso. Cuando en el contrato se hubiere estipulado que la parte que falte á su cumplimiento, ó sea morosa, pague una cantidad determinada por razon de daños ó intereses, no podrá abonarse á la otra parte una suma mayor ó menor que la estipulada.

22. Del diferente modo de perfeccionarse los contratos resulta la division de los mismos en consensuales, verbales, reales y literales. A la primera clase pertenecen los de compra-venta, el ar-

rendamiento, el censo, la sociedad y el mandato. La segunda comprende las promesas y fianzas. A la tercera corresponden el préstamo, el comodato, el depósito y la prenda ó hipoteca; y á la cuarta pertenece el contrato literal que en su lugar explicaremos. Así pues, con arreglo á esta última division se ordenará toda la doctrina del autor, enlazándola de modo que tenga entre sí la debida conexión. Despues nos harémos cargo de los contratos innominados, y últimamente trataremos de los cuasi-contratos y del modo de extinguirse las obligaciones.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

Sobre los contratos y obligaciones en general.

CONTRATACION Y SUS EFECTOS.

Cuando dos ó mas hombres celebran un contrato, indican bien claramente que el trato que hacen es útil á todos los contrayentes, á lo menos en apariencia; porque es evidente que á no ser así no lo verificarían. Digo en apariencia, pues muchas veces sucede todo lo contrario de lo que se creía, y salen perjudicados en el contrato; mas esto no es razon para prohibir ó limitar la libertad de contraccion. ¿Quien conoce los intereses propios mejor que uno mismo? Por consiguiente este caso debe mirarse como una excepcion; y puede afirmarse en general que un contrato, por lo mismo que es efecto de la libre voluntad de los otorgantes, ofrece ventajas á todos ellos, y en consecuencia á la sociedad. En tanto pues entra uno á celebrar un contrato en cuan-

ta está seguro de compeler al otro á su entero cumplimiento: de aquí la necesidad de que la ley ponga su sello á estas convenciones privadas, y obligue á la parte morosa á ejecutar la promesa que ha celebra. Así lo han hecho las leyes de todas las naciones civilizadas, y entre ellas las nuestras. Sin embargo, éstas no han dejado de ingerirse algunas veces demasiado en los tratos de los particulares, sancionando los unos, y reprobando los otros, al parecer con pocas razones, restringiendo de esta manera la santa libertad de contratar.

Cualquiera que sea pues el objeto que se propongan dos ó mas hombres al prometerse recíprocamente algo, nunca dejará de ser una convencion, y por consiguiente contrato. Por esta razon dudo yo que la definicion que comunmente se da de éste sea muy exacta, diciendo que

es un convenio que tiene por objeto dar, hacer ó no hacer algo; porque ¿no es mas sencillo decir como se hace en mi redaccion, que el contrato es un convenio sobre cualquier objeto? Y si al contrario se quieren reducir las convenciones á determinados actos ¿podrémos aprovechar esto? Ya he manifestado que la ley debe sancionar en general todos los convenios, salvo aquellos que por razones particulares parezcan dignos de reprobacion, los cuales en verdad deben formar una excepcion, y anunciarse por regla general la legitimidad de todos.

Pero, sea como quiera, no puedo menos de considerar conforme al principio de utilidad el que sean igualmente válidas todas las convenciones que se hagan, sea de palabra, escrito privado, documento auténtico ó de cualquiera otro modo. Es claro que no deben considerarse estos diversos modos mas que como medios de prueba. En efecto, si es útil la contratacion, la ley debe hacerla fácil y espedita, y no sobrecargarla con fórmulas: ¿pero no se le embarazaria sobremanera, si por ejemplo en la venta de cualquiera cosa se exigiese documento escrito? El convenio verbal debe ser pues tan eficaz como el que consta en papel, siempre que se justifique de algun modo su celebracion. Sin embargo, esto no quita que la ley requiera mas formalidad en los que giran sobre objetos de algun valor, puesto que aquel está sujeto á algunos inconvenientes; porque debiéndose probar su existencia por medio de testigos, podrá haber lugar al soborno y otros fraudes, tanto mas cuanto mayor interés haya en hacerlos. Parece por lo mismo conveniente exigir una escritura pública cuando se enagena alguna finca, ó siempre que el negocio pase de cierta cantidad.

Vamos ahora á dividir los contratos. Las leyes romanas y las de las siete Partidas, hijas de ellas, dividen los contratos en reales, verbales, literales y consensuales, pasando en seguida á explicar á este tenor las diversas especies de ellos. Pero por mas que sus jurisconsultos se hayan empeñado en justificar estas distinciones, yo dudo mucho que sean exactas para los que no estén preocupados en favor de las doctrinas de aquellos. Las reglas lógicas nos enseñan que una division no es perfecta mientras sus miembros no sean enteramente distintos ó contenga otros en que poder partirse; y yo hallo en la propuesta partes que se asemejan muchísimo, ó que por mejor decir no se distinguen, y partes que faltan, si hubiese de prevalecer el principio espresado. En efecto, si contratos consensuales son los que se perfeccionan por la conformidad de los contrayentes ¿el mútuo, comodato y prenda, que se colocan entre los reales, no quedan tambien perfectos desde la manifestacion de la voluntad de dar la cosa, pues que cualquiera que promete una cosa queda obligado á cumplirla? Sin duda que sí; luego será forzoso decir que tambien ellos son contratos consensuales. Por consiguiente, si el carácter distintivo de los contratos reales no es el que se perfeccionen por la entrega de la cosa, pues que habia tambien contrato antes de ésta, ¿deberán decir los romanistas que aquel consiste en la necesidad de que intervenga la cosa? ¿Pero en tal caso no pudiera responderse que tambien en la venta, locacion y enfitéusis reputados por consensuales, interviene cosa, y que segun este principio era preciso colocarlos entre reales? Me parece que esta confusion proviene de la falta de formar en la division miembros que sean verdaderamente distintos,

pues no lo son tales los que por algunas pequeñas diferencias de modos ó formas pueden tener entre sí dos cosas; y por lo mismo entiendo que para esto debe mirarse al diverso objeto que se proponen los contrayentes. Así vemos que unas veces los hombres tratan de enagenar enteramente la propiedad de una cosa y transferirla á otro; que otras solo se proponen conceder el uso de ella reteniendo aquella, ó que la entregan en mera custodia; que otras veces se dirigen á asegurar otro contrato; ó que en fin, intentan adquirir algún servicio. Por consiguiente ¿porqué no hacer la division á este tenor? El lector juzgará si la que yo propongo es ó no mas sencilla y mas perfecta que las que hasta ahora se nos han ofrecido.

Por la enumeracion que se hace de las diversas especies de contratos á quienes se han dado nombre propios, ve el lector cuán natural y sencillamente se esplana la materia de ellos. Sin embargo, me parece que en lugar de darles nombre de actos ya celebrados, deberian darse de los mismos actos de celebracion; v. gr. mutucion ó préstamo, permutacion, acensuasion, comodacion, deposicion, afianzamiento, asociacion, arrendamiento, hipotecacion, prendacion y comision. Dejarémos subsistente el de compra y venta á causa de no haber en la lengua española voz que signifique con mas propiedad el acto de comprar y vender. En efecto, segun hemos visto, se trata por los contratos, ya de enagenar la propiedad ó uso de una cosa, ya de asegurarse otro convenio &c; ¿y cómo se hace esto sino es por medio del mismo acto que se celebra para ello? Otra cosa es que no se puedan ejercer los derechos que adquirimos por los contratos hasta despues de celebrados éstos, mas es claro que estos se verifican por el

mismo acto de la celebracion, y esto es de lo que tratamos, pues que el otorgamiento es el medio de adquirir. Esta es una observacion que hace Bentham y que yo apruebo como justa.

Como las necesidades de los hombres son infinitas, y los progresos de la civilizacion y del comercio aumentan las transacciones sociales, tambien las formas de celebrarlas deben recibir muchas modificaciones, y por lo mismo se hace imposible el que la ley pueda dar nombres especiales á todas ellas, puesto que todavía no se han creado. Esta es una verdad bien palpable, y que se hará mas con solo cotejar las especies de convenciones ó contratos que se conocian en nuestra antigua legislacion, y las que se usan hoy dia. No existia la renta vitalicia, el seguro marítimo y terrestre contra incendios, las clases de compañías comerciales que se estilan, ni los montepíos establecidos. Así seguirá el hombre multiplicando los convenios, segun que la necesidad ó el capricho se lo indique. Pero cualquiera que sean ellos, es claro que deben contenerse en límites honestos y razonables, y si los principios que se establecen respecto de aquellos que ya se hallan adoptado están fundados en la filosofia, los otros no deben salir de éstos. Ya que la ley no puede hablar en particular de ellos, pues que no los conoce, arréguelos á lo menos en cuanto pueda por preceptos generales apoyados en justicia.

Un contrato debe ser un vínculo del que los contrayentes no pueden librarse por su capricho; pues tal es el fin de él, asegurarse recíprocamente la ejecucion de lo que se promete. Sin esta seguridad y certeza los hombres no contratarian; porque si el acto celebrado hubiese de quedar á voluntad de cualquiera lo mis-

mo seria celebrarlo ó no. La ley pues debe hacer eficaces y firmes las convenciones de los particulares compeliendo á su cumplimiento á la parte morosa: 1. ° Porque de otra suerte el contrato no seria mas que un nombre ilusorio: 2. ° Porque así se favorecería al fraude y á la mala fé: 3. ° Porque aquel que es burlado sufrirá una pena mayor que el placer que tendria el engañador: 4. ° Porque su ineficacia retrasaria de contratar, perjudicando así el desarrollo de la riqueza. Sin embargo, esta obligacion de los contrayentes debe entenderse en términos regulares; porque si uno de ellos no puede cumplir lo prometido por alguna fuerza mayor imprevista á que no pueda resistir, justo es eximirlo de la ejecucion hasta que desaparezca esta causa. La razon es que ya en este caso debe creerse que con obligarlo al cumplimiento, tendria éste mas perjuicios que utilidades el otro.

Pero cuando uno de los contrayentes falta al contrato por su morosidad ¿será justo conceder al otro que es puntual el derecho de rescindirlo? El principio de la utilidad viene en su apoyo: 1. ° Porque el que es moroso delinque contra la ley que él mismo se impuso, y se hace digno de este castigo: 2. ° Porque el que no pone en ejecucion un convenio indica que no le es útil: 3. ° Porque tambien es ventajoso al puntual, ya que quiere usar de este remedio. Es igualmente razonable que el que falte al contrato pierda la arra que hubiese dado; porque es claro que la entregó sabiendo el riesgo á que se esponia, y justo es que sufra esta pena; y de esta manera cumplirá mejor sus promesas y calculará con mas detencion al tiempo de hacerlas. Pero no veo una razon fundada para seguir la parte relativa á que, cuando el que in-

fringe la convencion es el que recibió la arra, pague el doble valor de ella. Parece que el otro debe echarse á sí mismo la culpa de no haber tomado la misma precaucion, que se tomó respecto de él; y por otra parte, puesto que tuvo tanta confianza en la fidelidad ó puntualidad de su contratante, indica que no aprecia mucho lo que pudo recibir por via de esta seguridad. De todos modos es indudable que él no ha dado arra ninguna, y por consiguiente resultaria que quitándosele el doble de la recibida, sufriria éste una pérdida mayor que ganancia el otro á quien se diese.

Siendo el contrato un acto que resulta de la reunion de voluntades de dos ó mas sugetos, claro es que no puede ligar sino á las mismas personas que intervienen en él: por consiguiente no puede perjudicar á otro tercero. Todas las razones imaginables concurren para esta disposicion, y por lo mismo no insisto en ello. Sin embargo, esto no es decir que á uno que no ha intervenido en un contrato no pueden resultar perjuicios; mas esto será indirectamente, y no por haberse ligado por la convencion de otros: v g. Pedro comerciante compra veinte mil fanegas de trigo y abastece los mercados de la provincia: no hay duda que Antonio, que tiene para vender igual especie, y no puede verificarlo á causa de la baratura, queda considerablemente perjudicado por el contrato de aquel; mas esto no será porque él quedó ligado. Tal es el sentido en que en mi concepto debe entenderse lo que esplican las leyes. Pero no es de aprobarse así tan generalmente lo que establecen, que tambien un contrato puede aprovechar á un tercero que no interviene en él. Muchas veces lo que al principio parece útil resulta despues perjudicial en razon de las cargas y obligacio-

nes que puede contener; y obligar á responder de éstas seria poner en manos de cualquier malvado el causar perjuicios con apariencias de utilidades.

Así, enhorabuena que valga toda liberación de cargas ú obligaciones de un tercero; que igualmente sea eficaz la promesa que se haga en beneficio del mismo; pero que no se imagine ligarlo ó gravarlo en manera alguna contra su voluntad. Que adquiera pues derechos, mas no deberes unidos muchas veces á ellos. Aquí no se habla de cuando obra ó contrata en nombre de otro alguna persona autorizada legalmente al efecto, maridos, padres y tutores, pues la misma ley los exceptúa: esto es muy justo.

Las partes que celebran un contrato, y ponen cierto término para su cumplimiento, cuentan con esta seguridad, y arreglan bajo este supuesto su conducta. Nada pues mas conforme que conceptuar desde entonces al que no lo cumpla por moroso con los efectos que de esta morosidad resultan, con tal que la falta de cumplimiento no consista en alguna imposibilidad ó dificultad imprevista. Pero si en el contrato no se señala término alguno dentro del cual deba cumplirse, entendiéndose que los contrayentes tuvieron la intencion de ejecutarlo desde luego, pues que á no ser así hubieran puestò algun plazo. Por lo mismo parece bien obligar al deudor á verificar su promesa luego que sea interpelado por el acreedor; siempre que por la naturaleza de la obligacion pueda hacerse desde entonces; para lo cual deberá dársele cierto término á juicio prudencial del juez, segun las circunstancias de cada caso. Este es el tenor literal de las leyes. De esta manera no puede quejarse el deudor, puesto que se le da competente anchura; ni el acreedor, pues que no puede pretender cosas imposibles é irregulares.

Ya indiqué antes las razones que habia para conceder á la parte puntual el derecho de rescindir el contrato celebrado, cuando la otra fuese morosa en verificarlo por su lado. Se puede fundar ahora la conveniencia de imponer á ésta la obligacion de indemnizar á la primera los perjuicios que pueda causar la inejecucion ó tardanza en cumplir lo prometido: he aquí las razones que me ocurren. 1.º Los perjuicios resultan por su falta, y justo es que sufra por ello esta pena. 2.º A no ser así los contrayentes no cuidarán de cumplir sus promesas. 3.º En otro caso aquellos pesarian mas sobre él que sobre el moroso, pues en el hecho de no cumplirlo indica que halla utilidad en ello: por consiguiente la indemnizacion del otro puede creerse igualada por ahorrar la pérdida que tendria en llevarlo adelante. En lo demás me parece igualmente bien que el juez intervenga en la regulacion de los daños, y aun creo seria conveniente imponer al que los ha sufrido la obligacion de justificarlos, para evitar de ese modo todo motivo de reclamaciones indebidas.

Un contrato es la espresion de la voluntad de los contrayentes; mas ésta no se puede muchas veces conocer á causa de no haberse explicado con la debida claridad. ¿Tendrás en tal caso por nulo ó no celebrado el acto que ha pasado entre ellos? Puesto que manifestaron su intencion de ligarse, esta medida podria ser perjudicial á ambas partes, y parece que lo mejor será que dejando subsistente el acto, la ley decida por medio de reglas justas cuáles son los términos en que quisieron ligarse al celebrar el contrato. Si las palabras materiales de que usaran entonces fuesen claras, no habria lugar á interpretaciones; pero nada mas justo que en caso contrario se atienda al

objeto que se propusieron en la contratacion. Esta medida es sobre todo necesaria entre nosotros, donde las palabras de que los escribanos usan en las escrituras son tan oscuras, como generalmente ininteligibles para los mismos; donde se amontonan sin necesidad especies inconducentes; donde se hacen renunciaciones de leyes, que las partes no pueden renunciar; donde en fin se sujetan á éstas sin saberlo á obligaciones gravosas. ¿Y porqué así? porque las mismas leyes han establecido estos formularios, productos de aquellas supersticiones y embarazosas solemnidades que habia entre los romanos en los verbales, para cuya perfeccion se requeria *proforma* pronunciar ciertas y determinadas espresiones. De aquí nace que los escribanos no hacen mas que copiarlos literalmente, insertando para cada clase de contratos unas mismas cláusulas, sea ó no tal la verdadera intencion de los contrayentes; y éstos ignorando lo que significan y creyéndolas de mera forma, no dudan en firmar lo que se les pone delante. Mas las resultas se ven despues, y bien caro les cuesta este estilo embrollado. Por estas consideraciones y otras que se pudieran añadir, me parece absolutamente indispensable desterrar del foro semejante actuacion, haciendo que los escribanos estiendan sencillamente lo que los contrayentes les mandaren, y dejando por consiguiente estas fórmulas embrolladas. Así se conocerá mejor la voluntad de ellos, habrá que recurrir menos veces á averiguar su intencion y espíritu.

Tres son pues las reglas que se nos ofrecen para la decision de las dudas. La primera se reduce á decir que deben entenderse de manera que resulte un acto válido, cuando entendidas por el sentido opuesto se origina su nulidad; y á

la verdad que en mi concepto esta inteligencia es la menos inequívoca que puede darse, para acercarse á la voluntad verdadera de los contrayentes. La razon de esto es sencilla: no se puede menos de creer que los que contraen tratan de celebrar un acto válido y ligarse verdaderamente; y por consiguiente, cuando lo obrado por ellos ofrece por una parte un sentido ilegal y por la otra válido, es evidente que quisieron proceder del último modo. Dice la segunda que las dudas se han de interpretar de la manera mas conforme á la equidad, y esto parece igualmente bien. Se supone que los hombres conocen sus intereses, y que no se perjudicarán mucho en los contratos que celebran, si aun llegan á engañarse en algo: por lo mismo es de creer que no los otorguen de manera que uno resulte muy perjudicado y otro enriquecido á costa de él. Nada pues mas regular que el que en duda se trate de evitar á uno un gran perjuicio, y que se reduzcan los términos del convenio á lo que dicte la equidad é igualdad en las utilidades y daños.

Puede aprobarse igualmente la otra regla que prescribe que las cláusulas ambiguas deben entenderse contra el contrayente interesado en aclararlas. Esta disposicion se halla fundada en el modo comun de obrar de los hombres, á saber; que aquel contra quien pueden entenderse algunas cláusulas del contrato tiene buen cuidado en aclararlas, si efectivamente su intencion no es de ligarse segun este sentido: por lo mismo no habiéndolo hecho así, es de creerse que la cláusula se puso de la manera contraria al mismo. Por otra parte, aun cuando no sea así, no puede menos de considerarse esto como una falta ó negligencia, y justo es que la sufra. Pero para proceder de esta manera es indispensable desterrar,

como he dicho poco ha, el estilo escriturario de nuestros escribanos; pues en el estado actual ¿cómo ha de aclarar ninguno lo que es ambiguo ó equívoco?

Paso ahora á tratar de las cláusulas adjetivas de los contratos, llamadas entre los romanistas requisitos naturales. La ley civil debe ser un centinela inseparable del hombre en sociedad, y cualquiera que sean los pasos que dé en su carrera, allí debe hallarse presente. Arreglarlos pues al principio de la utilidad es su tarea, si bien difícil. Apenas nace, allí está para protegerlo imponiendo á ciertas personas la obligacion de mantenerlo, criarlo, educarlo, y en fin de proveer á su bienestar: si llega á contraer matrimonio, desde luego le enseña los derechos y deberes que en bien suyo resultan de él: si tiene algun hijo, otro tanto le sucede: si llega á morir *abintestato*, no hay mas que leer sus preceptos para saber lo que se ha de hacer de sus bienes: si quiere hacer testamento, allí está para mostrarle como lo ha de verificar: en fin si celebra algun contrato, acude desde luego á decirle á que obligaciones se sujeta. Este orden de la ley es verdaderamente admirable y útil, pues cual padre solícito por el bien de su hijo, le guia constantemente, prevee todo por él, y dirige sus acciones hácia su felicidad.

Concretándome pues á los convenios, de los que solo se trata ahora, la ley hace perfectamente en suplir á la imprevision de los contrayentes, é imponer cláusulas que á la verdad ellos han llamado; pero que regularmente hubieran puesto á haber tenido el grado de luces que la ley, ó si las hubieran traído á la memoria. Nada mas conveniente en mi concepto, si ellas están fundadas en los verdaderos principios de la filosofía y de la equidad. No obstante, la ley que solo pre-

vee á la imprevision de los contrayentes, parece debe callar cuando éstos hablan, y manifiestan una voluntad clara de no observar las cláusulas puestas por aquella, porque no deben considerarse sino como supletorias, ni con efecto á no ser en silencio de aquellos. Mas no basta sembrar las reglas aquí y allí sin orden ni método, segun el derecho romano y el nuestro lo han hecho, sino que es preciso para su buena inteligencia reunir las, enlazarlas, y explicarlas con la debida claridad. Convencido yo de esto procuraré dar estas cualidades á este tratado que voy examinando, y aunque es cosa difícil verificarlo con exactitud, creo sin embargo haber puesto algun orden y claridad en la materia. Pero en fin el lector ilustrado juzgará de esto con mas imparcialidad que yo.

Tengo explicado antes en el discurso de esta obra, que la seguridad de conservar y gozar una cosa es el mejor fomento para hacer en ella mejoramientos de toda clase. Ahora añadido que supuesto que la celebracion de contratos es útil, tambien lo es dar á los que adquieren derechos mediante ellos certeza de que nadie les ha de perturbar en su ejercicio, y que si les inquietare justamente á causa de que el que los ha enagenado no tenia título ni facultad para hacerlo, el adquirente será defendido, indemnizado y reintegrado completamente. He aquí la dispositiva de nuestra legislacion. ¿Con qué cofianza ha de entrar cualquiera en un contrato, si no tiene seguridad de que el que le transfiere algunos derechos los ha de hacer efectivos y responder de ellos en todo caso? ¿Y cómo ha de tener esta seguridad si la ley no obliga al enagenante á hacerlo, cuando obra en ello sin ningun derecho? ¿Será conveniente condenar al que trata de adquirirlos á averi-

guar con qué título quiere el otro desprenderse de ellos? Pero muchas veces lo que parece ser de uno lo es realmente de otro, y es reclamado despues por éste. Establézcase lo contrario, y se verá la mala fé aumentarse en los contratos; se verá en consecuencia á los hombres titubear para otorgarlos; se verá una inseguridad completa despues de celebrados, y en fin una disminucion de mejoramientos. Tales inconvenientes son dignos de que el legislador los tome en consideracion y los evite, como puede hacerlo, por las presentes medidas. Para esto se exige, y en mi concepto perfectamente, que el adquirente á quien le reclamen lo que él compró, lo haga saber al vendedor antes de publicarse las pruebas del litigio; porque si bien es justo que éste le defienda y le indemnice, tambien lo es que haga la competente defensa, para no ser perjudicado por falta de ella en lo que realmente era suyo antes de la enagenacion. Por esta misma razon, cuando la demanda consistiere principalmente en pruebas, convendria hacerlo comparecer en la causa en tiempo en que todavía pudiera hacer cómodamente alguna justificacion; porque tal podria ser la citacion antes de la publicacion de las probanzas que no hubiese lugar para verificarla.

Sucede tambien frecuentemente que se enagena alguna cosa con defectos, vicios, cargas ó gravámenes ocultos, sin que el vendedor los manifieste al tiempo de la venta: ¿será justo que el comprador quede así perjudicado? La buena fé y los principios de equidad mandan lo contrario, y es lo que disponen nuestras leyes. Favorecer la maldad y castigar la inocencia seria su primer resultado perjudicial, si el vendedor fuese noticioso de éstos defectos y no se le impusiera la obligacion de declararlos. Pero supongamos

que no sea sabedor de ellos sino que obre de buena fé, y comparémos los perjuicios que resultan al comprador en los dos casos, á saber; en el que la cosa comprada, con los defectos que le han parecido despues de la venta, le es inútil para el fin al que la destinaba, y en el que solo le sobrevienen algunas cargas.

En el primer caso, puesto que el comprador no puede dedicarla al uso que se proponia, hay para éste un perjuicio considerable en quedarse con ella; mas no tanto para el vendedor, el cual puede continuar dándole el mismo destino anterior. Por lo mismo parece fundado en justicia conceder á aquel el derecho de rescindir el contrato y devolver la cosa recibida, ó bien dejarle subsistente y exigir el menor valor que tiene la cosa por causa de dicho defecto. Tambien en el segundo caso el comprador sufre perjuicios, pues que las cargas ó gravámenes que aparecen disminuyen el valor, que es una pérdida para él, la cual justo es que sobreleve el vendedor, quien ha percibido un precio excesivo, que no hubiera recibido á haberlos manifestado.

Pero no puedo conformarme de esta manera con los términos que, segun algunos, deben establecerse para hacer estas reclamaciones respecto de los animales, pues los que los compran los reconocen regularmente bien, y hacen uso de ellos desde luego. Por consiguiente, si los defectos atribuidos son verdaderos, pronto los deben conocer; y por lo mismo el término deberia ser lo mas corto posible, pues de lo contrario se espone á que el animal adquiera con el tiempo algun vicio ó enfermedad en manos del comprador, y éste lo reclame como anterior á la compra. ¿Cómo justificar esto? De todos modos seria materia para pleitos.

Respecto de los defectos de las demás

cosas parece también bueno fijar algún plazo; porque si no ¿cómo sería posible averiguar al cabo de tiempo si ellos son ó no posteriores á la venta? Soy pues de opinion que no debiera estenderse de un corto número de dias el derecho de hacer estas reclamaciones; para lo cual pudiera hacerse distincion de los objetos que se enagenan. En cuanto á las cargas que aparezcan en la finca enagenada, tales como censos, servidumbres y otras semejantes, no hay el peligro que en los defectos enunciados, á saber: que siendo causados por el comprador pretenda éste que son anteriores al tiempo de su posesion; porque esto debe averiguarse por el título con que se exijan. Por tanto la buena fé recomienda que se conceda un término mas largo. Sin embargo, establecidos bien los registros de hipotecas, no parece que debe darse lugar á esto, á lo menos en los censos; pues no entendiéndose gravadas las fincas mientras los gravámenes no estén asentados en ellos, cada comprador no tiene mas que acudir allí para saber su estado, y si no lo hace échese la culpa á sí mismo. Si los defectos estuviesen á la vista ó fuesen descubribles con un exámen regular, ó si el vendedor probase que el comprador era noticioso al tiempo del contrato de ellos, ó de los gravámenes en el grado en que aparecen, entiendo que debería negársele toda reclamacion.

Tenemos luego otra clase de obligaciones que impone la ley en los contratos, á saber: de responder de la destruccion ó deterioro que la cosa agena ha sufrido en poder de uno. ¿Qué reglas convendrá establecer para determinarla? El simple sentido y la justicia exigen el que se atienda al mayor ó menor cuidado que el tenedor ha observado para evitar la desgracia, y á la mayor ó menor obliga-

cion que tenia para hacerlo. Lo primero es conforme con el principio de la utilidad, porque confundir un hombre diligente y cuidadoso con uno negligente, es hacer que todos los sean del último modo; y por consiguiente seria una medida que propenderia á favorecer la incuria. Lo segundo es igualmente justo; porque es claro que la mayor ó menor obligacion de cuidar una cosa hace del tenedor de ella mas ó menos negligente en caso de pérdida, y mas ó menos digno de castigo. Nuestras leyes pues que arreglan la presente materia de responsabilidades, me parecen hallarse fundadas en estos principios; pues las establecen mas ó menos estrecha por el mayor ó menor favor que recibe del dueño, y por el mismo grado de agradecimiento de que éste es digno. Nada mas justo que imponer al que perciba mayor beneficio una obligacion mas fuerte que al que perciba menor. Así pues, se vé que esto depende de la especie de cada contrato.

La ley pone igualmente otra regla, y regla de muchas aplicaciones, reducida á que el detentador de una cosa agena fungible es responsable de los daños de ella hasta su entrega. Esto se funda en el principio de que la tradicion de aquella, causa desde luego el efecto de adquirir irrevocablemente su propiedad por parte del que la recibe, y que por lo mismo siempre resulta perecer para el dueño; pero en mi concepto tanto el principio como la consecuencia, son injustos y dignos de rectificarse. ¿Con que el depósito, la prenda y el mandato son también contratos traslativos de dominio, cuando intervienen cosas fungibles! ¿Con que si yo pongo en depósito cien fanegas de trigo en poder de un amigo que me las recibe solo por hacerme favor, y le roban una noche ó se queman con la misma ca-

sa, tendré todavía derecho para reclamárselas! No pudiera establecerse cosa mas injusta.

Por mas que se diga, pues, que las cosas fungibles hallan siempre su equivalente en el mundo, y que no admiten precio de afeccion, pues que lo mismo son unas que otras, con tal que sean de un mismo género, calidad y bondad; este razonamiento nada vale para justificar el principio de que su entrega atribuya la propiedad, y que su detentor puede hacer de ellas el uso que quiera. No confundamos con los romanistas el contrato traslativo de dominio con el que no lo sea, ó el acto en virtud del cual posee uno la cosa fungible á título de propietario con otro que no da mas que una mera detencion. Quiero ilustrar estos dos ejemplos. Se dice que el mútuo es contrato en virtud del cual se transfiere la propiedad de lo prestado: supongamos pues que yo doy así á Juan cien pesos, y que teniéndolos todavía sin soltar del paquete en que se los envié á su casa, le roban los ladrones ¿deberá devolvérmelos? Sin duda que sí, pues desde la entrega quedaron suyos. Otro ejemplo: supongamos que yo soy nombrado heredero universal de uno, y que se dejan en el mismo testamento quinientos pesos á Antonio: por mas que tenga dispuestos éstos para hacer la entrega, deberé pagarlos si me los roban, pues que yo quedé dueño de la herencia. Pero no sucede así cuando el título con que se posee es de mera detencion, cual es el depósito y demás que he citado. Así, ni el principio de los comentadores romanos es exacto, ni la consecuencia que de él se sacan son conformes á justicia: desearé que otro discorra mejor que yo.

CAUSAS QUE INVALIDAN LOS CONTRATOS.

Habiendo hecho ver la utilidad que re-

sulta del libre uso de contratar, debo decir ahora que la convencion solo tiene fuerza y eficacia porque la ley civil la aprueba, sanciona y pone su sello. No hablo de las obligaciones llamadas naturales ó impuestas por el derecho natural; esto no es de mi incumbencia por ahora, y solo debo examinar si las que prescribe la ley escrita son ó no fundadas en los verdaderos principios de la utilidad pública. Supuesto que la contratacion es útil, la prohibicion y las trabas que se opongán para verificarla, no pueden menos de ser perjudiciales. Tal es la regla general; mas ésta no deja de tener sus excepciones apoyadas en el interés de los mismos contrayentes ó en el bien público, segun se hace ver en los casos siguientes.

Todo el que violenta á otro para celebrar un contrato comete un delito al que las leyes imponen un castigo: por consiguiente, seria una inconsecuencia manifiesta de parte de ellas aprobar los efectos de un acto que por otro lado reprueban y condenan. La violencia pues es una accion perjudicial, y las leyes deben quitar toda su fuerza á las promesas que mediante ella se han hecho. La sociedad civil es una familia de paz; se ha formado precisamente para evitar las violencias; y si se aprobaran los actos forzados, se deberia considerarla ya en una guerra civil constante y nunca interrumpida. Me parece que todos convendremos en esto, mas no acaso con la misma facilidad en cuales son ó no los actos verdaderamente violentados. Uno dirá qué para calificarlos por tales se requiere la prision del sugeto; otro que basta que el violentador amenace con alguna arma; exigirá otro que haya peligro contra su vida; otro dirá que basta lo haya contra algun miembro, bienes, &c. En tal va-

riedad ¿qué rumbo seguirá la ley? Yo creo que pudieran tomarse por base todas estas circunstancias; pero dejando á la prudencia del juez graduar el acto, segun la edad, sexo, instruccion, temperamento, profesion y sensibilidad de la persona que alega ser forzada; la mayor ó menor posibilidad de libertarse de la violencia; y el grado que inspire al carácter del forzador.

En efecto ¿quién duda que estas diversas circunstancias influyen para que el hombre obre forzado ó no, y que sus acciones deben juzgarse segun ellas? Voy á poner un ejemplo: un malvado encuentra sola á una señorita jóven y tímida, y amenanzándola de muerte la hace otorgar una donacion: cualquiera confesará que este acto podrá ser en realidad violentado, porque tal puede ser el susto y miedo, que sobrecoja su imaginacion pusilánime. Pero el tal bribon en lugar de la señorita tropieza con un militar forzado y valiente, que va con su espada, no deseando acaso mas que tener ocasion para batirse; ¿podrá reputarse por acto violentado la donacion que éste haga por una amenaza simple? Nadie puede creerlo así. No será pues justo que la ley establezca por principio, que todos los actos celebrados mediante amenazas de muerte que se opongan son forzados, y por consiguiente nulos; porque es necesario que el sugeto sobre que se ejercen, llegue á penetrarse de que no puede oponer resistencia sin sufrir irremisiblemente algunos de los males esplicados. Este convencimiento y miedo son respectivos, y no puede menos de dejarse al juicio del tribunal su decision bajolas bases indicadas. Otro tanto digo del peligro que haya de que alguno de dichos males recaiga sobre los hijos, padres, ó cónyuge; porque tanto se puede

amar á éstos que se quiera evitar su desgracia por cualquier estilo. Por lo mismo, como este grande amor no pasa generalmente de las personas referidas, la ley hará bien en no estenderse de ellas.

Pero lo que no me parece bien es que el miedo de perder la virginidad ó la fama, se consideren por circunstancias suficientes para reputarse por violentado un acto; porque prescindiendo de cuán difícil es desflorar á una muger que no lo consienta, ¿cómo puede suceder el caso de que se trate de hacer celebrar á una muger un contrato usando de un medio tan irregular? Y prescindiendo tambien del arbitrio chocante de querer forzar á uno con la amenaza de la pérdida de la fama, ¿estará acaso en manos de un pícaro el verificarlo por medio de embustes, si ella está bien fundada entre sus conciudadanos?

Dolo y engaño, segun la significacion comun, son una misma cosa, y en sus efectos apenas se diferencian de la violencia. De todos modos hay una falta de consentimiento que debe anular el contrato; porque si éste es resultado de la conformidad de voluntades de dos ó mas personas, no habrá sin duda ésta ni en uno ni en otro caso. El dolo pues, sea como delito, sea por razon de los perjuicios que de él se originan al engañado, no debe ser aprobado por la ley; no como delito, porque seria favorecerlos cuando su oficio es evitarlos; y no como perjudicial, porque los daños que causa son mayores para el engañado, que los bienes que resultan al engañador. En efecto, cuando un platero me vende por cien pesos una sortija que tiene una mala piedra, haciéndome creer que es diamante, tengo yo sosteniéndose el contrato una pérdida incomparablemente mayor, que la que tendría el platero en rescin-

dirlo; porque habiéndola comprado yo para regalar á una novia, me es inútil para este efecto y por consiguiente sufro una grande pérdida en su importe. Al contrario el vendedor, pues no habiéndole costado á él mas que veinte pesos, tiene una ganancia de ochenta. Pero aun suponiendo que á mi me vale como veinte, y por mas que se quiera decir que la masa de riqueza queda igual á la sociedad, pues que mi pérdida ha sido otra tanta ganancia para el platero, no se puede menos de reconocer que aun en esta cuenta los perjuicios son mayores para mí que las utilidades para éste. Siendo esto así, yo no veo porque se ha de hacer distincion de dolo que ocurre para celebrar el contrato y dolo que interviene en él, lo que los jurisconsultos romanos llamaron dolo que da causa y dolo que es incidente. De todos modos, sea que el vendedor por medio de palabras falaces ponga al comprador en ganas de comprar una cosa, que no tiene las cualidades que se pintan en ella, sea que se aparenten ú oculten en el mismo contrato algunas circunstancias interesantes, que muevan á celebrarlo; el resultado es que aquel es perjudicado por el engaño del vendedor, y esto parece que basta para rescindir el acto.

A pesar pues de que el dolo tenga los efectos de una violencia, no debe suponerse que existe, sino que antes bien debe creerse por regla general que todos los actos son ejecutados con toda deliberacion. Por lo mismo justo es quitar todo reclamo y pretesto, si además hay contra el que se dice engañado algunas presunciones que prueban la falta de engaño. La aprobacion ó ejecucion del acto con pleno conocimiento, y el transcurso de algun tiempo sin hacer durante él reclamacion alguna contra la

validez, no pueden menos de considerarse como buenas pruebas de que no existió semejante dolo. Sea lo que fuere, su justificacion incumbe al que lo alega, cosa á la verdad bastante difícil de verificarse; y mas lo será todavía á medida que deje pasar tiempo sin intentar su accion: así el término de dos años que señala nuestra ley parece excesivo, pues á buen seguro que si no lo hace ver desde luego, pocas veces lo hará despues. Pero en fin será conveniente determinar alguna época para formar con ella la presuncion llamada *juris et de jure*.

Cuando uno da ó recibe por contrato una cosa, cuyo ser ó sustancia es distinta de la que él pensaba al tiempo de celebrarlo, no tiene sin duda voluntad de desprenderse ó de adquirirla; por consiguiente falta el consentimiento tan indispensable para que haya perfecta convencion. Sin embargo, no parece que en todos casos se haya de considerar por nulo el acto; porque en esta materia presentan dos escollos que evitar igualmente. Uno es el de no dar la debida estabilidad á los contratos celebrados al parecer conforme á la ley; inconveniente para mí de muchísimo peso, porque mientras uno no tenga completa certeza de que lo que ha adquirido es irrevocablemente suyo, no hará los mejoramientos que en otro caso haria; además que puede cualquiera retraerse de contratar por la inseguridad. El segundo es de que uno haga ganancias exorbitantes con perjuicio manifiesto de otro.

Pesados ambos inconvenientes, hallo en mi modo de comprender que el primero es mayor y mas digno de ser atendido por la ley. Así sosteniendo el contrato, si bien la pérdida del uno no será compensada con la ganancia del otro, la masa de riqueza general no se au-

menta ni se disminuye; pero declarándolo nulo se impide la creación de ésta, impidiendo indirectamente la contratación. De todos modos, entiendo que para invalidar un convenio al que únicamente se tache la circunstancia de error en la sustancia de la cosa, debería el que lo alega justificar que no ha provenido de su negligencia en examinarla bien, sino después que ha puesto un cuidado que cualquier hombre regular hubiera puesto; porque de otra manera debe imputárselo así mismo.

También son dignas de modificarse, ó mejor diré derogarse las leyes que permiten rescindir el contrato cuando alguno es perjudicado en más de la mitad del justo precio de la cosa. La libertad de contratar, y la seguridad que tiene cualquiera de que lo que una vez adquiere así, es completa é irrevocablemente suyo, son las bases esenciales del comercio y de la prosperidad pública; y bien se vé que la presente doctrina peca claramente contra ellas. Esto en efecto obligaría á indagar en cada caso el precio corriente de las cosas, con lo que se oprime aquella facultad útil, y dando derecho de rescindir un contrato, solo por que se ha pagado ó dado una cosa por más ó menos de la mitad del valor que se creyese verdaderamente justo, pondría una inseguridad completa en las adquisiciones. Estoy por decir que semejante disposición, si llegase á ponerse en ejecución, causaría una alarma general y obstruiría el comercio. No quiero decir por eso que uno que da una cosa por menos de la mitad de lo que se llama precio justo ó uno que paga más de la mitad, no salga perjudicado en este trato; mas esta no es suficiente razón para invalidarlo. Si los hombres tienen generalmente bastante cordura en sus negocios y

son raros los casos en que su engaño llega á semejante grado, debe suponerse siempre que un contrato, puesto que es efecto de la libre voluntad, es útil á ambos contrayentes, y que el precio que se da es realmente justo. Las cosas no tienen un valor absoluto ó fijo. Se forma del debate que se eleva entre vendedor y comprador, procurando el primero sacar el mayor precio posible, y el segundo dar cuanto menos pueda. ¿Y qué es lo que por fin contribuye para dar la cosa en precio ó cantidad mayor ó menor? La mayor ó menor abundancia, el mayor ó menor pedido, y la utilidad que ofrece.

Siendo pues cierto que v. g. una localidad buena para una fábrica sea mucho más útil para uno que para otros mil, claro es que nadie mejor que los mismos contrayentes han de reducir al justo el valor de ella. ¿Y será bueno que en tal caso, que se ha pagado un precio, acomodado y útil á ambos, se trate de rescindir el contrato, porque no lo es en igual grado á otros? Por consiguiente, de cualquiera manera que consideremos esta doctrina, no podrá menos de parecernos perjudicial; y aunque hija de un buen deseo, es debida en mi concepto á la ignorancia de los principios económicos y al empeño que ha habido en cierta época de dirigir al hombre en todos sus pasos, como si él no comprendiese perfectamente sus intereses. No dudaría pues yo en negar el derecho de rescisión, ó de aumento ó de rebaja de precio respectivamente, una vez que se haya celebrado legítimamente el contrato. Así se dará libertad y seguridad al comercio, y si alguna vez sufre uno perjuicios de esta naturaleza, échese á sí mismo la culpa: esto sin duda vale mil veces más que esponernos al continuo juego de la disolución de contratos.

La otra causa de invalidacion es la incapacidad personal, en la cual se hallan los menores de edad, los locos y demás impedidos físicamente; pero habiendo hablado antes algo acerca de ellos en el tratado de la tutela, paso á manifestar mi opinion con respecto al hijo de familias. Sin duda que éste, por ser tal, no dejará de conocer lo que le conviene ni perjudicará al público: por consiguiente anular sin mas motivo los contratos que celebre, es en mi entender hacer una prohibicion perjudicial, como es la de cualquiera, para la cual no hay razones que sobrepujen á las que en general asisten en favor de la validacion. Un hombre pues, aunque le vivan sus padres, podrá ser muy bien un comerciante laborioso, un empresario activo, en una palabra, un ciudadano útil para sí y para la sociedad; á lo menos la calidad de tener padres no es un impedimento para lo contrario, y por lo mismo reprobar sus contratos es privar á la riqueza de un buen fomento. Otra cosa es que el hijo, además de ser tal sea menor de edad, loco, fátuo, pródigo ó sordo-mudo: entonces sean enhorabuena nulos sus actos; mas no por razon de hijo de familias, sino por causa de los demás impedimentos.

En efecto, por mas que discurra no puedo hallar una razon regular para invalidar los contratos de ellos. Al contrario, me convenzo que semejante medida es un resto de aquellas antiguas bárbaras leyes romanas, que concedian á los padres sobre sus hijos el derecho de vida y de muerte, el de venderlos por tres veces, el de entregarlos á la noxa &c. leyes dignas de los feroces fundadores de Roma. Ellas en verdad han sido destruidas en mucha parte por la filosofia, mas no lo han sido así en otros efectos perjudiciales que el mismo derecho roma-

no y su hechura el español, atribuyeron á la patria potestad: todavía hay mucho que luchar contra la ignorancia y las preocupaciones. No dudaré pues en expresar en este punto mi opinion: la libertad de contratar en manos de los hijos, lejos de ser perjudicial, puede ser muy útil, y las leyes que las restrinjan pecan contra el principio de la utilidad. Sin embargo, no se entienda por esto que yo trate de dar á los hijos la facultad de hacer contratos respecto de los bienes de los padres; ¿pues con qué título puede darse á uno el derecho de disponer de cosas ajenas, por mas que tenga esperanzas concebidas sobre ellas? Por consiguiente, solo podrán hacerlo en cuanto á los que hayan adquirido realmente de cualquier modo que sea.

En el título del matrimonio he referido las razones que hay para conceder al marido, y solo á él la administracion de los intereses domésticos: así, solo voy á examinar si será conveniente ó no aprobar los contratos de las mugeres casadas que ejercen públicamente algun oficio ó mercadería. Cuando una muger se dedica á este tráfico ó comercio, aparece bastante claro que ella tiene disposicion física y moral para este objeto, y que el marido presta su entera conformidad á los negocios que ella hace. En consecuencia, se vé que de esta manera cesan los motivos en que se fundó la prohibicion fulminada contra sus actos. Supuesto lo primero, establecida la invalidacion, resultaria que contratos útiles quedarian sin realizarse, con lo que habria una pérdida para la sociedad; y supuesta la ausencia del marido, no hay la temida desavenencia matrimonial: al contrario, debe creerse que lo que hace la muger es como si fuese hecho por el marido. Privar pues á ella de la facultad de contra-

tar en aquellos negocios que ejerce con consentimiento, á lo menos tácito del marido, seria indudablemente una disposicion perjudicial. Así nuestra ley, que aprueba y saciona los contratos otorgados de este modo por la muger casada, es conforme con los buenos principios.

Pero la misma legislacion no ha guardado la debida conformidad y consecuencia respecto de las mugeres solteras, pues manda que no queden obligadas por las fianzas que otorguen. Establecer que una soltera mayor de edad no debe ser fiadora, es lo mismo que decir que una muger no tiene capacidad para gobernarse en ningun tiempo, y que por lo mismo debe constituírsele bajo una perpétua tutela. Mas semejante proposicion está refutada por una constante experiencia de que ellas, si bien generalmente no tienen la aptitud que un hombre para grandes negocios, y particularmente para aquellos en que se trata de adquirir, no obstante conoce perfectamente sus intereses en los menores y en los que principalmente consisten en conservar sus bienes. La razon pues que alegan los autores romanistas y españoles, es en mi entender pueril y de poco monto; porque decir que la muger se prestará con facilidad á una fianza, pues que no vé muy próximo el peligro de los efectos de ésta, es hablar sin conocer la naturaleza femenina. En efecto, ¿quién no sabe cuán medrosa es comunmente una muger para cualquier negocio? ¿Quién no ha observado cuan escatimada es en todos sus contratos? ¿Quién no ha notado cuán poco amiga es de constituirse en el mismo peligro por hacer favor á otros? Las relaciones morales de la muger están pues sin duda fundadas en la estructura fisica de la misma. Tal es la verdad; podrá creerse que ella otorgará sin reflexion una

fianza, cuyo solo nombre recuerda una obligacion y un peligro? El poco talento de las mugeres en que se ha querido fundar esta disposicion, en mi entender no es razon; preciso es hacerlas mas favor: tampoco puede aprobarse como útil en concepto de privilegio personal, puesto que es una prohibicion. Antes bien creeria que no poco ha influido para esto el desprecio con que en algun tiempo se ha considerado generalmente, y aun hoy dia se mira en las naciones orientales al bello sexo, tan digno por todos respectos de nuestros miramientos. Sobre todo, si las mugeres carecen de la disposicion fisica y moral de los hombres, ¿está por ventura probado que la inferioridad de éstas depende de su misma naturaleza y no de la distinta educacion que reciben? Pero en fin, no vaya yo estendiéndome y separándome del asunto principal.

Otro tanto puede decirse acerca de la prohibicion que se pone á los labradores de poder ser fiadores sino entre sí mismos. Esto se ha establecido sin duda principalmente como favor, á fin de que no sean seducidos, y en consecuencia perjudicados; pero parece que ellos no son tampoco tan fáciles de engañar, como puede creer el legislador, en cuanto puede peligrar su persona ó bienes, y la irreflexion que se les quiere suponer en esto, no es tanta como se aparenta. ¿No es una inconsecuencia manifiesta permitirles celebrar cualquier contrato, por mas interés que medie en él, y al mismo tiempo negarles el derecho de otorgar una fianza, aunque no se comprometan en nada? Pero tal vez se habrá adoptado esta medida como un fomento para la agricultura. No obstante, bien se vé que otros son los verdaderos estímulos y beneficios de ella, como de los demás ramos de industria y artes, y no estos in-

significantes privilegios. Mas no es mi ánimo entrar á probar esta verdad, sobre lo cual el lector podrá acudir á los autores que han escrito en estas materias, pues por lo que á mí toca basta que haga esta indicacion, [*Véase entre otros á J. Bentham en su Teoría de las recompensas acerca de la clase de fomentos que conviene dar á las artes*].

Es igualmente digna de reforma la ley que declara nula la convencion por la que se enagena la esperanza de heredar á cierta persona. ¿Cuál es la razon? La misma ley nos la pone diciendo, que si se permitiese enagenar la espresada esperanza, seria dar á aquel que la adquiere una tentacion para atentar contra la vida del que ha de ser heredero. Pero en mi concepto esta razon es infundada. Si probase algo, probaria que el contrato, de renta vitalicia es tambien perjudicial é igualmente toda disposicion testamentaria, y aun la sucesion *ab intestato*. En efecto, en todos estos casos hay el mismo peligro de atentar contra la vida de otro, sea porque durante la existencia de éste se ha de dar algo, sea á fin de que no mude una voluntad de dar manifestada, sea con objeto de que no pueda hacer legados á favor de estraños. Mas el corazon humano no es tan perverso que haya obligado á los legisladores con un fundamento racional á sancionar estas disposiciones: así tales miedos son exagerados y manifiestan que las leyes no tienen suficiente vigor para refrenar la maldad de los hombres, en algun caso que raramente ocurra por este estilo, es decir, que la imperfeccion está en ellas mismas. No por eso diré yo que éstas no deben tratar de evitar los delitos, y que mil veces es mejor esto que no el andar despues castigándolos: segun la máxima romana *satius est ab insitio intacta jura*

servare, quam vulnerata causa remedium quaerere. Mas limitándome al caso presente, me parece que el peligro es infundado, y aun diré que la prohibicion hace colocarlo acaso muchas veces donde sin ella no existiria. En efecto, debe suponerse que el que vende la herencia que espere de otro, lo hace por pura necesidad, pues que no puede aguardar al fallecimiento de aquel: al contrario, debe creerse que el que compra este derecho y paga en consecuencia la cantidad estipulada, es un hombre de medios. ¿Quien pues de éstos dos podrá pensarse que tendrá mas tentaciones de atacar al que ha de ser heredado, el pobre que no tiene con que pasar, y que carece de recursos para subsistir, ó el rico que tiene de qué vivir bien? Claro es que el primero: pues he aquí cual es el resultado.

Se prohíbe tambien á continuacion tomar mercaderías á fiado, para pagarlas cuando se suceda en alguna herencia ó se tenga mas renta, lo cual segun concibo, es otro disparate muy grande. A lo menos el mal que causa es bien patente, pues impide que un hombre al presente pobre, que quiere surtirse de algunos géneros, ya para venderlos y comerciar con ellos, ya para proveer á sus necesidades ó comodidades personales pueda realizarlo, siendo así que espera tener medios para pagarlos dentro de algun tiempo. De esta manera se perjudica directamente al comercio y al bienestar individual. ¿Pero cuál ha podido ser el fundamento de semejante disposicion? Se dice sin duda, que siendo incierto el tiempo en que ha de pagar las cosas recibidas habrá que abonar intereses crecidos, y sufrir otros graves perjuicios; mas ya se vé cuán vano es este raciocinio. La incertidumbre de la devolucion ó pago hará en verdad aumentar la usura, puesto que

de este modo el prestamista corre siempre mas peligro en la cobranza: nada de esto prueba la bondad de la medida de la prohibicion del mismo préstamo, el cual ha sido útil al que lo recibió, y en consecuencia á la sociedad; y por tanto, lejos de ser reprobable, es digno de la proteccion legal. ¿Por ventura habrá ocurrido á alguno prohibir el préstamo de una cantidad destinada á expediciones marítimas ú otras arriesgadas, solo porque los que dan así exigen un interés mayor que cuando se piensa emplear en negociaciones seguras? Déjese obrar á la libre contratacion, y éste será el mejor medio para que los que reciban prestado sufran menos.

Que la muger casada no puede salir fiadora de su marido, ni otorgar con él obligacion mancomunal, son otras disposiciones de nuestro derecho, disposiciones ciertamente contrarias al principio de la utilidad, y fundadas en razones pueriles. ¿Qué perjuicios son los que se quieren evitar con estas medidas? Se alegan los de impedir que las mugeres se reduzcan á la pobreza, pues que pueden tener que responder á las deudas de los maridos. ¿Mas acaso esto no es tambien estorbar el que aquellos celebren contratos útiles á la familia? ¿Por ventura contraerá obligaciones sin adquirir al mismo tiempo algunos derechos útiles aun á la misma muger? Sobre todo, siempre que del contrato resulte utilidad para la familia, no hay razon para que la muger no otorgue la fianza que es necesaria, y si al contrario resultan perjuicios, esto será efecto de falta del debido cálculo, de error ó de alguna casualidad, que no debe suponerse. Así no debe ser esto motivo para una prohibicion absoluta.

Por otra parte, ¿no parece una inconsecuencia dar al marido la administra-

cion de los bienes de la muger, permitirle su enagenacion, y al mismo tiempo prohibir la fianza que ella otorgue á su favor? Querer pues que él administre bien; que haga adquisiciones; en una palabra, que haga feliz á la muger y á toda la familia sin contraer al mismo tiempo obligaciones y responsabilidades de ningun modo de parte de ésta, es pedir lo imposible. Mas el deseo de evitar los perjuicios de ella, no es acaso el único motivo de la prohibicion, sino que tambien se ha querido alejar al bello sexo de todo negocio civil, sea á causa de la conveniencia de que no rocen con los varones, sea por la irreflexion que se las supone, ó por otra cualquiera razon. Sea lo que quiera de esto, y por mejores que fuesen las intenciones del legislador, el hecho es que la presente medida no presta ninguna utilidad.

Segun la ley es nulo el contrato hecho entre el abogado y su cliente acerca de darle cierta parte de la cosa, objeto de litigio. Oigamos los motivos que ha tenido la ley para prescribir esta disposicion, y verá el lector si ella es fundada. El primero es el evitar que el abogado haga cosas ilícitas por ganar el pleito; y el segundo consiste en que siendo permitido el mencionado pacto, no podrán los litigantes hallar quien les defendiese de otra manera. Mas yo no veo por qué el abogado, al cual se ofrece cierta parte de la cosa litigiosa para el caso en que se gane el pleito, ha de cometer acciones ilícitas. Pues qué ¿le es acaso permitido mas que á otro cualquiera el hacerlas? ¿La pena legal no le ha de contener en su deber lo mismo que á los demas? ¿Pero por ventura se le pone en mayor tentacion de pecar, ofreciéndole una cosa mas bien que un salario ó una cantidad cualquiera?

No menos infundada es la disposicion por la segunda razon; porque si ella probase algo, se deberia tambien concluir que permitiéndose á un abogado exigir los honorarios que él mismo regule, no podrian hallar los litigantes quien los defendiese á no ser por una cantidad exorbitante. Pero qué ¿no sucede con los abogados y clientes lo mismo que con el vendedor y comprador de una cosa cualquiera? Los primeros se hallan interesados en pedir mucho, los segundos en pagar poco: ¿Qué es lo que los hace determinar? La abundancia ó escasez de los primeros y segundos y al mismo tiempo, así como en toda otra cosa, puesto que se da un precio mayor por ella, cuanta mayor necesidad experimenta el comprador al paso que sea tambien superior su bondad, otro tanto sucede respecto de los consejos y escritos que vende el abogado. Regularmente éste exigirá ó puede exigir mucho, si tiene mucho trabajo, ningun competidor y se esfuerza en la defensa: en circunstancias contrarias tendrá que contentarse con menos. Así no hay por qué hacer aquí distincion entre un abogado y cualquier otro trabajador. Por otra parte ¿de qué sirven entonces los aranceles?

La concesion que el deudor de una cantidad hace á favor del acreedor á quien ha entregado una prenda, de los frutos que produzca mientras la tenga en su poder, puede muy bien considerarse como una indemnizacion regular de los perjuicios que tiene por el anticipo ó préstamo que ha hecho. Por consiguiente, lejos de deber reputarse la percepcion de ellos como un robo, creo que nada mas justo que aprobar su dacion y goce. Pero nuestras leyes no han visto con este ojo la presente materia, y aunque guiadas de un zelo verdaderamente loable, no se puede menos de reconocer que han ignorado

los principios económicos. En efecto, fundadas yo no sé si en las opiniones de teólogos, ó tal vez en el dicho de Aristóteles, han considerado al dinero como una cosa estéril y totalmente improductiva. Así es, limitadas á apariencias y sin el debido exámen, han sacado la consecuencia de que el prestador de una cantidad no debe recibir mas de lo que ha entregado; y que por lo mismo la concesion de los frutos de la cosa dada en prenda es ilícita, contraria al derecho natural, opuesta á la ley divina, en fin, una usura horrible. Digo pues, que este razonamiento solo es fundado en apariencias, porque si bien es cierto que el dinero sembrado no produce otro dinero ¿lo será tambien que con una cantidad que se emplea en una negociacion no se tenga algun aumento por las ganancias que con ella se hagan? ¿Por ventura una casa produce otra? Sin duda que no: luego para ser consiguiente se deberia concluir que el dueño de ella no debe tomar cosa alguna por razon de arrendamiento, lo cual á la verdad no ha ocurrido ni podrá ocurrir establecer.

Bajo las mismas bases está fundada la limitacion ó la tasa que ponen nuestras leyes al interés que se puede obtener de un capital prestado en dinero. Ellas haciendo una excepcion de lo que pasa en el comercio de las demás cosas, reducen las ganancias que el prestamista pudiera sacar, y obrando de esta manera causan en el último resultado efectos enteramente contrarios á los que se prometen. Digo en primer lugar que el limitar el interés del dinero prestado es una excepcion, y una excepcion infundada; porque ¿qué razon puede haber para hacer esta fijacion en el dinero, y no en todas las demás cosas? Yo no veo ninguna fundada. ¿Pero por ventura la ley es capaz de tasar este interés? He aquí una pregunta que interesa ilustrar y explicar.

Conviene saber ante todas cosas que el premio que se estipula por una cantidad prestada, lo es por el uso que se propone hacer de ella el que la recibe y por el riesgo que el prestador se figura tener en recobrarla. Por consiguiente, es claro que cuanta mayor sea la esposicion de éste, tanto mayor debe ser el interés que se convenga; así como en cualquiera otra cosa, cuanto mas se arriesga uno á hacer algo, tanta mayor retribucion se le da. De aquí se sigue claramente que todas las tasas, todas las prohibiciones, todas las penas, todos los anatemas que se fulminen contra el señalamiento del redituado de los préstamos pecuniarios, son otros tantos motivos de elevarlo; porque es indudable que ellos aumentan su retribucion. Tal es el resultado natural de las cosas, y á no prohibir enteramente hacer préstamos, lo cual seria una disposicion horrible, no pueden menos de quedar sin el efecto deseado semejantes leyes restrictivas. En verdad éstas podrán lograr el que los contrayentes se conformen en apariencia con ellas; pero al mismo tiempo arbitrarán mil medios de eludir las, tales como el aumentar el capital con el exceso de réditos permitidos, y otros que al astuto prestador no dejarán de ocurrir.

La historia antigua y moderna nos suministra tambien ejemplos de que la elevacion del interés del dinero prestado, se debe entre otras causas al riesgo del prestador; pues así es que los Atenienses exigian ya un sesenta por ciento cuando las mercaderías compradas con él se llevaban al mar Negro ó al Mediterráneo, siendo así que cuando la especulacion era terrestre no pasaba de un doce por ciento. Otro tanto sucedia en Roma en tiempo de la república, en que el premio del dinero era muy subido ¿y porqué? Porque los capitalistas eran regularmente patricios y los que tomaban prestado plebeyos: éstos alarmaban continuamente á aquellos, y en último recurso, cuando la ciudad era amenazada por fuerzas enemigas y el pueblo se retiraba al monte Aventino, el senado se veia forzado á dar un decreto perdonándole sus deudas. Desengañemos pues, entonces será mas moderada la usura, cuando lejos de restringir la libertad de estipularla, cuando lejos de deshorrar el oficio de prestador, y cuando lejos de castigar á los que se dedican á esta industria, los protejan haciendo efectuar las convenciones y promesas que verifiquen.

En lo demás es claro que solo el riesgo de no recobrar el capital no es la única causa de la elevacion del interés. El premio que se paga por el uso de él depende de las relaciones del comercio, á saber: de la mayor ó menor cantidad que hay prestable, y del mayor ó menor pedido que de ella se haga, lo mismo que sucede en el precio de las demás cosas. De donde se vé que aun por este respecto las tasas y prohibiciones son perjudiciales; porque muchos que quieran respetar la ley ó bien retirarán y guardarán sus capitales, que es otro mal, ó bien los destinarán á otro género de lucro, resultando de todos modos que se disminuye el dinero prestable. Y como al mismo tiempo no se ha de disminuir la necesidad que los hombres han de tener de él, es claro que los que se arriesguen á esta especulacion querrán dar la ley.

He dicho que la fijacion del interés del dinero depende de las relaciones del comercio, y de ninguna manera de las leyes; en cuya comprobacion no hay mas que comparar el que se llevaba antes de cuando no estaba en su apogeo que el que se lleva en el dia. Me bastará recordar lo

que pasaba en España. Una ley del Fuero Juzgo permitia el interés de uno por cada siete al año, lo que excede de un catorce por ciento; y otra en los préstamos de comestibles concedia llevar un cincuenta por ciento, porque aunque dice que solo se dé una tercera parte de lo prestado, es claro que es una mitad, pues establece que entregando dos haya de restituir tres (leyes 8 y 9, tit. 5, lib. 5). Sin embargo de esta exorbitancia, no se puede menos de confesar que en aquellos tiempos, cuando apenas habia industria alguna, estos préstamos solo tenian por objeto satisfacer las necesidades de los que las recibian ¿y se estrañará que ahora, cuando éstos generalmente se proponen emplearlos en alguna grangería ó especulacion útil, se lleve un siete ú ocho por ciento?

La libertad de celebrar este contrato como mejor agradare, es mas necesaria entre nosotros donde la industria y comercio son tan débiles, donde por consiguiente es tan urgente tratar de ponerlos en circulacion para avivar aquellos. Los propietarios ricos, que son los grandes capitalistas, apenas se dedican á estos ramos útiles de la sociedad, porque ni los conocen ni tienen necesidad de ocuparse de ellos; los hombres industriales, negociantes ó especuladores se ven obligados muchas veces á acudir á éstos; pero si no quieren prestar con el premio tasado por la ley qué sucede obrando libremente? Es claro. La industria, comercio ó especulacion quedan sin efecto; los fondos permanecen estancados, y la miseria va aumentándose. Déjese obrar libremente á la conveniencia ó utilidad reciproca de los contrayentes, y muchos de los proyectos ó ensayos se realizarán felizmente con provecho de ambos y de la sociedad: á lo menos debe suponerse

que todos los convenios son útiles á las partes que los otorgan por el mero hecho de otorgarlos.

Mas en fin, no quiero estenderme demasiado, porque no escribo un tratado de economía política. Me basta para llenar el objeto ó plan de esta obra, cuando llegan cuestiones relativas á ellas, explicar con generalidad la materia, haciendo aquellas indicaciones que me parezcan principales para poner al lector en estado de discurrir y de decidir el punto. Así los que quieran profundizar el presente podrán acudir á Say, Bentham y otros economistas. Yo á la verdad deberia suponer al lector bien instruido en las teorías de éstos, y por lo mismo callar cuando se tratase de cuestiones económicas; mas desgraciadamente ellas no están bastante generalizadas. De todos modos considero que el inculcar algunas ideas sobre las mismas es siempre útil. Despues en su lugar oportuno me haré cargo de las usuras, considerándolas con respecto á las leyes del Antiguo y Nuevo Testamento, á las evangélicas, á las canónicas y á las civiles, y trataré de probar que las moderadas no están prohibidas por ninguno de estos derechos.

Bien se ve que cuando hablo del interés solo me refiero al que las mismas partes contratantes estipulan en el contrato: en este sentido he hecho ver la conveniencia de dejar á su arbitrio el señalamiento del tanto ó cuanto por ciento. Pero puede haber necesidad de que la misma ley haga esta determinacion, cuando se debe alguna cantidad sin que haya habido al efecto promesa expresa, y se manda judicialmente devolverla con réditos; ó cuando igual condena judicial tiene lugar por efecto de morosidad del deudor: es muy conveniente que ella declare de antemano lo que se ha de entregar por

este título. Para hacer este señalamiento parece que la ley debe arreglarse al curso corriente del comercio. ó aun tal vez algo mas bajo.

Las leyes que se han dictado para moderar los gastos de los particulares, son consideradas en el dia por todo hombre pensador como inejecutables é inútiles por una parte; porque si fuese posible realizarlas, causarian generalmente mas mal que bien. La ley reprueba la donacion que haga el esposo á la esposa en vestidos y joyas, en cuanto exceda de la octava parte de la dote. Pero para cumplir esta disposicion seria preciso colocar un centinela en cada matrimonio que se tratase de celebrar, para averiguar la cantidad señalada en dote y las cosas que el novio regala á la novia, hacer su tasacion y suprimir el exceso que resultase. ¿Y á quién se habia de entregar este sobrante? Sin duda que al marido; pero esto seria lo mismo que no hacer nada.

Digo tambien que tal disposicion es inútil; porque ¿es de creer que suceda, ó por mejor decir, vemos que sucede que semejantes locuras son frecuentes? ¿Por ventura el hombre es tan poco solícito de sus intereses que empiece á hacer donacion y gastos insensatos? El interés propio es pues el mejor medio de moderarlos, y donde él sea ineficaz las leyes nada podrán. Así el esposo que se empeñe en gastar la dote ó sus bienes en regalos de su muger futura, hallará sin duda mil maneras de verificarlo y cumplir su capricho.

Por otra parte, el hombre rico que tiene un placer en adornar y hacer lucir á su novia será privado de él: ¿y quién es el que recibe utilidad de esta privacion? Ninguno, puesto que aun al mismo interesado se perjudica, ya que no se le deja cumplir su gusto: luego esta

disposicion si fuese ejecutable, seria generalmente perniciosa para todos y útil para ninguno; de lo cual la mejor prueba es la renovacion de ella por una parte, y el total desprecio que se ha hecho de la misma por otra. Sin embargo, el lector no debe estrañarse de esta ley, porque si estudia nuestra legislacion antigua y aun la muy moderna, hallará preceptos aun mas chocantes, y que aunque los vea en los códigos legislativos, dudará tal vez si son ó no efectivos. Tales son las ridiculeces que contienen dictadas por la ignorancia de la ciencia económica. Estos reglamentos tambien han sido establecidos en algunas naciones europeas; pero gracias á Dios ellos ya pasaron de moda, sin que se haya visto que por tener la libertad de hacer cualquier gasto, se hayan arruinado muchas personas en regalos semejantes.

Pero no menos opuesta es á la justicia, razon y principios de utilidad la ley que priva á los que prestan á fiado géneros para bodas, del derecho de reclamar su importe, cuya verdad es tan patente que no es necesario gastar muchas páginas para reprobarla. En efecto, es una cosa bien sencilla que el acto de prestar á otro una mercadería cualquiera es un acto útil á la sociedad; porque no creando cada cual los géneros que necesite para cubrir sus necesidades ó comodidades, se hace preciso cambiarlos ó comprarlos. Mas no tiene uno muchas veces de presente el importe que ha de pagar, y entonces fuerza es señalar algun plazo en que hacerlos: este método es indispensable para mantener la sociedad y el comercio, y puede decirse que un país es tanto mas floreciente cuanto los préstamos sean mas rápidos y abundantes.

Supuesta pues la utilidad de los préstamos, es claro que éstos serán en ma-

por número, cuanto los prestamistas tengan mas seguridad de recobrar lo que dan; y no hay duda que si un mercader está espuesto á que hoy ó mañana le salgan con que los géneros que dió eran para bodas, repugnará fiar cuando quiera. De esta manera se perjudicará al comerciante en la ganancia que pudo sacar, y tambien al otro en cuanto se le priva del placer de tener aquellas mercaderías: se acabó por consiguiente el comercio. ¿Pero acaso es una cosa perjudicial tomar algunos géneros para bodas? Yo no diré precisamente que todos los gastos que se hacen en ellas sean útiles: ¿mas lo son siempre todos los demás? Sin duda que no; ¿luego trataremos de reprobear las convenciones que se hagan en tales casos? ¿Que locura!

Las leyes pues, segun he dicho, han fundado semejantes preceptos sobre un error que aparece generalmente en toda la esposicion de sus doctrinas, á saber: que los hombres no conocen sus verdaderos intereses, y que por lo mismo cuales niños de teta es preciso dirigirlos en todas sus acciones, y enseñarles como han de dar sus pasos. Desengañense ellas que cada cual entiende perfectamente cuanto le trae la cuenta, y que las locuras que haga en su perjuicio son bien raras. Sobre todo, éstas se han de moderar por medio de la ilustracion y reforma de costumbres, mejor que por leyes prohibitivas ó suntuarias. ¿Se ha adelantado algo con estas trabas? ¿Los hombres serán menos disipadores con ellas que cuando la prudencia individual arregle sus gastos? La esperiencia responde que no.

La convencion que se haga acerca de la disposicion de un testamento cerrado, puede considerarse como un juego ó una apuesta, pues que en todos estos casos la

resolucion depende de un hecho ageno. Graves razones hay sin duda para prohibir éstos, cuando lleguen á una cantidad en la cual puede consistir el bien ó mal estar de uno; porque fundando sus acciones en adquisiciones extraordinarias, las penas que han de resultar del engaño de sus esperanzas han de ser igualmente grandes. Por este motivo parece que semejante prohibicion no tiene nada de injusto. Todo esto se entiende cuando se ignora absolutamente la manda testamentaria, porque de otra suerte no hay el supuesto engaño, ni por consiguiente la espresada pena. Sin embargo ¿si se pasare á celebrar tal convenio, se tratará de anularlo? Dificil es muchas veces averiguar si se tiene ó no noticia del testamento, y en tal incertidumbre ó duda me inclinaré yo en favor de la libertad de verificarlo, si bien no hallo irracional lo contrario.

Dejando de hablar de los contratos que tienen por objeto hacer cosas prohibidas espresamente por le ley, paso á la enagenacion del hombre mismo en sus derechos de propiedad. El deseo de la propia felicidad es una inclinacion irresistible del ser racional. Todos los pasos que dé en esta vida, por mas que algunas veces parezca lo contrario, y por mas que de sus acciones le resulte perjuicio, se dirigen á este fin: este deseo es pues inseparable de la naturaleza humana. Ahora bien: es claro que la enagenacion de la propiedad de la persona, que el hombre haga á favor de otro, es un desprendimiento de su libertad ó constituirse en una verdadera esclavitud: ¿y no es patente que esta sumision es incomparable con la felicidad humana, y que no la haria á no hallarse en un estado de demencia; ó á lo menos de una ignorancia crasa de sus efectos? La esperiencia nos lo

demuestra: apenas hay esclavo que no esté ansiando por libertarse de un yugo tan atroz, y no puede concebirse como un hombre de entendimiento sano puede sujetarse voluntariamente á él. Da un poder ilimitado por lo mismo que es perpetuo, y tan absoluto que ni la ley ni el magistrado lo podrán moderar, si el amo se empeña en estenderlo. Por consiguiente, el contrato por el que enagenase *in perpetuum* la propiedad de su persona, no puede menos de considerarse como un acto de locura, atentatorio contra la propia existencia y digno de ser reprobado desde luego por la ley. Felizmente no se ven tales ejemplos: esto hará inútil la disposicion legal, pero al fin yo me alegro de hallar una que tenga tan buen espíritu. En lo demás no es de mi asunto tratar de la esclavitud forzada, que es propiamente la esclavitud: razones muy fuertes hay sin duda para combatirla, y detestarla, y aunque no le han faltado ilustres defensores, sus argumentos han sido bien rebatidos por otros: la civilizacion actual no puede ya tolerarla; y entre nosotros afortunadamente está reprobada.

DIVERSAS OBLIGACIONES.

Después que se ha hablado en general de los contratos y de las causas porque la ley los invalida, se van ahora á enumerar las diversas especies de obligaciones resultantes de los diversos modos de contraerlas. Las recorreré brevemente, puesto que mas bien ofrecen doctrinas de jurisprudencia que cuestiones de principios de legislacion. Se nos presenta primero la obligacion condicional, cuyo efecto depende del cumplimiento de un hecho ó de la averiguacion de un acto que ha tenido lugar, pero que es ignorado. En las condiciones que dependen de

la averiguacion de algun hecho se requiere, para que el acto merezca la calidad de condicional, que la persona obligada esté ignorante de él; porque si no tiene duda ó incertidumbre, la obligacion será lisa y llana, si bien el acreedor no podrá hacer uso de su derecho hasta que haga constar la realidad. Claro es tambien que la obligacion se perfecciona cuando se realiza la condicion y no antes, pues que ésta puede dejar de cumplirse: hasta entonces no hay mas que una esperanza adquirida legalmente.

Siendo esto así, y puesto tambien que el heredero sucede en todos los derechos de su constituyente, de modo que se le considera otro él, nada mas natural que el que los derechos y obligaciones de la convencion condicional pasen á aquel, como lo esplican las leyes de partida diciendo que el que contrae lo hace para sí y para sus herederos. Sin embargo, se hace una justa excepcion á esta regla, á saber, cuando dependiendo el cumplimiento de la condicion de hacer algo únicamente de la voluntad de uno de los contrayentes, fallece éste sin cumplirla. La razon de esto parece sencilla, porque muerto éste sin haberse verificado la condicion, quedó por consecuencia sin efecto el contrato y desbaratada la esperanza adquirida por el otro, y por lo mismo no hay derecho alguno que traspasar á ningun heredero.

Parece una inteligencia fundada en razon y justicia la de no considerar á uno ligado por un contrato mas estrictamente de lo que manifiesta querer obligarse, y que por consiguiente, cuando se dude del grado de responsabilidad de un deudor, se decida en favor de éste respecto de aquello á que no espresó querer sujetarse. Fundado en este principio, y en que hay inteligencia en el acreedor que

interesándole aclarar una cosa no lo ha hecho, opino en favor de la disposicion que concede al deudor de una obligacion alternativa al derecho de eleccion. Por otra parte ¿á quién se esponc á causar mas perjuicios con ésta, al acreedor dándola al deudor, ó á éste concediéndola á aquel? Es claro que quien tiene que molestarse sufrir desfalcos, y tener perjuicios en el cumplimiento de la obligacion principal es el deudor, y que al contrario el acreedor no recibe mas que beneficios. Por consiguiente agregar á aquel otro perjuicio ó gravámen, al paso que á éste se aumentan las ventajas, seria causar mayores males que bienes, puesto que éstos no se verifican en la misma proporcion que aquellos.

Pero supongamos que el deudor de una cosa alternativa muere sin hacer la eleccion ¿á quién corresponderá ésta? Parece que á su heredero, porque ella era un derecho adquirido por el deudor, y en todos los que le correspondian ha llegado á suceder por su muerte, tanto activa, como pasivamente. Supuesto pues que este uso es un derecho, y éste es útil al que lo ejerce, por lo mismo que otros deben sujetarse á él; es difícil concebir un caso en que el derecho de elegir en la obligacion alternativa no sea en utilidad directa de los herederos del deudor de ella. Es claro que éstos tendrán mas anchura, comodidad ó felicidad para el cumplimiento de su obligacion, y todo lo que sea hacer esto es un bien.

Entramos luego en las obligaciones solidarias, tanto de acreedores como de deudores, sobre las que poco tengo que advertir. Parece justo que cuando se contrae una deuda á favor de dos ó mas acreedores, no se entienda la obligacion mas que por mitades ó iguales partes, y que ninguno de ellos tenga derecho

de pedir la totalidad mientras no se espresase así en el contrato. En efecto éste debe interpretarse á favor del deudor, y pudiendo ser gravosa al mismo la circunstancia de dar á uno la totalidad de la deuda, gravámen que se conoce por lo mismo que se resista á hacerlo así, es conforme con los principios asentados no obligarlo á pagar á uno solo la totalidad de ella, siempre que no haya manifestado su voluntad clara de ligarse de tal manera. Pero hecha esta espresion debe satisfacer en totalidad al acreedor que se anticipare á reclamarla, con lo que queda libre enteramente para con los demás; pues no siendo así no habria solidacion, y el acto de obligarse no pasaria de simple. Sin embargo, esto no es decir que el primero que se adelanta á pedir el haber debe quedar con el todo: tal disposicion seria injusta y perjudicial, porque debe reservarse á los acreedores el derecho de dividir entre sí lo que uno perciba á prorata del interés que cada uno tenga en el contrato.

Si es justo no obligar al deudor de una obligacion contraida á favor de dos ó mas acreedores á satisfacerla totalmente á uno de ellos, mientras no haya concedido este derecho, lo será indudablemente mucho mas no compeler á uno de los deudores, que hayan contraído juntamente una misma obligacion, á cumplirla por entero, si no se estipula así espresamente. En efecto, en el primer caso el deudor, aunque con derecho de dividir la obligacion entre todos los acreedores, estaba al fin obligado á toda la deuda, de la cual no podrá eximirse en manera alguna; pero en el segundo no es responsable mas que á la prorata, y condenarle á pagar el todo, es obligarlo á mas de lo que estipuló. Cualquiera vé cuan gravoso le seria esto. ¿Mas por ventura el a-

creedor utiliza en igual proporcion cobrando de éste el todo, en lugar de cobrar de cada uno su parte? No me parece así. ¿Pues qué un condeudor podrá llegar á cobrar siempre del otro lo que pague así? ¿Está en todos los casos en posicion de refutar las excepciones que pueda oponer el otro, á quien va á reclamar su parte? ¿No era de la incumbencia del acreedor y no del deudor examinar la idoneidad de todos los condeudores? La circunstancia de intervenir juntamente dos sujetos á responder ó pagar una deuda, cada cual en su parte, no debe ser por lo mismo bastante motivo para que llegando el uno de ellos al estado de insolvencia, satisfaga tambien la porcion de éste. ¿Qué razon hay para esto? Se dirá que en el mero hecho de presentarse juntos se constituyeron, si no de obligados solidarios, á lo menos en clase de fiadores. Mas yo no veo semejante obligacion fideiusoria: lo mas seguro en la inteligencia de los contratos, es no hacer responder á uno mas que á aquello á que espresa ó virtualmente se ligó.

Obligándose, pues, solidariamente dos personas á pagar cada una el todo, el acreedor puede pedir á la que mas le convenga; pero al mismo tiempo la que paga tiene derecho á reclamar contra la otra su porcion, lo cual en verdad me parece justo. En efecto, los que contraen una obligacion semejante manifiestan en este hecho que el contrato es útil á cada uno de ellos, es decir, que contraen esta obligacion gravosa por recompensa de alguna otra cosa ó provecho que ambos han recibido; y que esto se hace para mayor seguridad ó comodidad del acreedor. Es bien cierto que nadie se sujeta á cargas y perjuicios tan grandes sin que por otro lado adquiera derechos que le indemnizen competentemente; ni se vé que pue-

da haber otro objeto de parte de él. Por consiguiente nada es mas justo que el que cada uno de los condeudores solidarios satisfaga al que ha cumplido el contrato su prorata, ya por lo dicho, como porque una obligacion dividida entre muchos es menos gravosa para cada uno de ellos. Pero el contrato puede ser útil á uno solo de los que quedan responsables, é intervenir los otros á instancia de éste para mera seguridad de su cumplimiento: ya aquí el caso varia, pues que solo se trata de su negocio propio, por el que es regular que haya tenido la competente indemnizacion. Parece que entonces no debe concedérseles reclamacion contra los otros.

Así como parece bien suponer que uno se sujeta en un contrato, si no es á las cargas y responsabilidades que espresa recibir sobre sí, tambien lo es el creer que uno no se desprende de los derechos adquiridos en virtud de él, á no ser en la estension que manifiesta. Por esta razon, supuesto que el acreedor de la obligacion solidaria tiene derecho de pedir la totalidad de la deuda á uno solo de los condeudores, ó bien á cada uno su porcion dividida, es de presumir que en la liberacion ó remision que aquel haga á cada uno de ellos, sin espresar en qué parte, solo tiene intencion de verificarla del segundo modo y en nada mas. Es claro que el acreedor se desprende de un derecho, y que aun mas hace una liberalidad en favor de uno de los condeudores: éstas pues no son comunes, y no deben estenderse mas de lo que suenan, mayormente á favor de personas respecto de las cuales uno no tiene tal vez motivo para hacerlas, como puede suceder en el presente caso. Pero como las presunciones deben siempre ceder á la realidad, debe tambien variarse la disposicion cuan-

do haya otros datos de que el acreedor quiso remitir la deuda totalmente. Tales son la entrega del documento de crédito, en los términos que explicaré despues, y todos los demás actos mediante los cuales se considera estinguida una obligacion.

Todos los condeudores solidarios quedan igualmente sujetos al acreedor para el cumplimiento de la obligacion; éste tiene accion directa contra cada uno de ellos por la totalidad de su haber; la causa porque lo deben es una sola; y todos ellos tienen una responsabilidad é interés comun en el contrato. De aquí pues la consecuencia de la ley, que la instauracion de la demanda y la sentencia que se diese contra uno de ellos, perjudiquen á los demás co-obligados que no hayan asistido á la causa. De otra suerte el aumento de litigios sin necesidad seria su resultado infalible; digo sin necesidad, porque no podrian menos de aparecer en ellos las mismas pruebas, y por consiguiente dictarse la misma sentencia. Pero como se vé, solo hablo de la legitimidad ó eficacia de la obligacion, y no de cuando se disputa de una excepcion particular á uno solo de los condeudores; porque aunque se repela ella haciendo una declaracion contraria á él, ésta no debe perjudicar á los demás que no intervienen. Otro tanto puede decirse de cuando la sentencia es favorable al condeudor demandado; la justicia exige que el que está á lo perjudicial esté igualmente á lo provechoso.

Por mas que dos personas hayan contraído solidariamente una obligacion á favor de un tercero, no contraen entre sí ningun vínculo, sino es de repartir la cantidad total que uno pague: ni por lo mismo adquieren entre sí derecho de perjudicarse en sus intereses. Pudiendo pues

el condeudor atacado por el acreedor hacer con éste convenios, no solo para obtener el modo menos gravoso de satisfacer la obligacion estipulada, sino tambien otros que aunque hechos con motivo de la obligacion, pueden atraer responsabilidades tal vez mas gravosas que ella, parece justo tratar de evitar estos inconvenientes. Así en hora buena que el reconocimiento de la deuda hecho por uno; las pruebas que contra él se diere perjudiquen á los demás condeudores, puesto que éstos pueden reclamarla por medio del recurso de la apelacion. ¿Mas con qué título podria perjudicarles v. gr. alargando los plazos, pero prometiendo al mismo tiempo usuras exorbitantes? Esto puede perjudicarles mucho á veces, y me parece bien el que se corte semejante facultad, como se indica por la ley.

Los autores que han comentado nuestra legislacion, confunden generalmente lo que es obligacion solidaria y mancomunal; resultando de este error que las partes contrayentes ignoren el grado de su obligacion; que los tribunales duden en sus fallos y los den variadamente; y que se sujete á ellos á responsabilidades que no esperaban. Todo proviene de no formarse ideas claras de las cosas. Obligacion solidaria entre deudores es aquella en que el acreedor tiene derecho de pedir la totalidad de la deuda á cualquiera de ellos despues de hacer escusion de bienes al deudor principal; y al contrario, la mancomunal es aquella en la cual el acreedor tiene facultad de reclamar al tercer obligado, aun sin verificar semejante escusion. Por consiguiente, una obligacion solidaria puede dejar de ser mancomunal, y una mancomunal solidaria; pero tambien una y otra pueden participar de ambas naturalezas. Así la obligacion solidaria será al mismo tiem-

po mancomunal, no solo cuando los contrayentes lo manifiesten así en el contrato, sino tambien cuando no espresándolo se contrae ella en pago de una deuda propia de los mismos; porque como se vé, el acreedor tiene que dirigirse de necesidad en derecho contra los mismos deudores solidarios. Y la obligacion mancomunal contraida por muchos podrá ser igualmente solidaria, si además de dar facultad de reclamar directamente contra ellos, se dá tambien la de pedir la totalidad del haber.

Tales son sin duda las nociones sencillas que han de tenerse acerca del carácter distintivo de la naturaleza de cada una de las obligaciones enunciadas, bien diferentes de las esplicaciones que de ellas hacen los tratadistas y entre ellos el ilustrado D. Eugenio Tapia en el *Febrero Novísimo*, á pesar de no discordar acaso en el fondo de la cuestion principal respecto de los derechos y obligaciones que de ellos resultan. ¿No es evidente que no da una esplicacion sencilla y clara de lo que es mancomunidad? ¿Y no es una contradiccion en los términos decir que hay fianza mancomunal? Fianza es obligacion accesoria, obligacion que tiene lugar despues de haberse procedido contra el deudor principal, y al contrario la mancomunidad da derecho de reconvenir en primer lugar al obligado mancomunal. Claro es pues que en tal caso deberia decirse que hay una fianza que no es fianza; porque no tiene ninguno de los caracteres de tal. ¿Para qué es esta confusion? ¿Porqué no dar á cada palabra idea distinta? En las ciencias muchos errores provienen de no definir bien las cosas, y por consiguiente de formarse ideas inexactas de ellas: es pues natural que el legislador dé el ejemplo de la sencillez.

De esta esplicacion conocerá el lector los absurdos que cometen nuestros escribanos al otorgar escrituras de tales obligaciones, y á qué responsabilidades imprevistas y no queridas sujetan á las partes contrayentes por ignorancia, disculpable acaso por la confusion que las mismas leyes ponen en estas materias; y por el pernicioso método de formularios antiguos adoptados en la curia. ¿Es posible que se tarde en dejarlos en olvido, y en recibir en su lugar el estilo de estender en las escrituras la mera voluntad de los otorgantes, aclarada es verdad por la instruccion del escribano, pero redactada en language comun y sencillo?

La última especie de obligaciones es la de las penales. Todo cuanto se dirija á dar al que celebra un contrato seguridad de su puntual ejecucion de parte del otro contrayente, es sin duda útil y digno de ser protegido por la ley, y por esta razon tambien cualquiera pena que se estableciese en él para el caso de su falta de cumplimiento. Sin embargo, la imposicion de castigos públicos está reservada á los tribunales por delitos que cometen los ciudadanos, cuyo concepto no pueden merecer las no ejecuciones de los contratos, y por ello es claro que aquellos deben exceptuarse del arbitrio de los particulares.

Un contrayente pues, queda obligado al cumplimiento de un contrato por su simple celebracion, aun cuando no se ponga pena en él; pero ésta tiene por objeto hacer que el deudor sea mas puntual en su ejecucion, ó tal vez indemnizar, si así no lo verificare. Parece por lo mismo que el acreedor á quien se falta debe tener derecho, no sólo al cumplimiento del contrato, sino tambien juntamente á la pena estipulada, aun cuando no se haya espresado así; porque si le

conviene llevar adelante el trato ¿qué efecto tiene la imposición de la pena? Muy pequeño: ¿y si esta no es suficiente indemnización, será justo perjudicársele así? Según las mismas reglas antes establecidas, no puede impedirse á un acreedor el pedir la ejecución del contrato, y si se han añadido á éste algunas cláusulas para obtenerla, parece que deben entenderse sin perjuicio de ella: sobre todo es justo que sobrelleve estos gravámenes el que sea moroso en cumplir su promesa.

Pero al mismo tiempo es un excesivo rigor de nuestro derecho el disponer que debe responderse de la pena, aun en el caso en que justas causas le hayan imposibilitado verificar el contrato. Para incurrir en cualquiera pena debe preceder una falta, y ésta no existe sin duda mientras uno, por mas que haya puesto los medios regulares y posibles, se haya visto en la imposibilidad de obrar de otra manera, imposibilidad á la verdad extraña de él y no prevista. Así, yo no puedo aprobar en esta parte á nuestra ley, la cual confunde al verdadero moroso con el que no lo es, carácter de que debe estar exento todo mandato fundado en justicia. Parecia pues mas regular establecer al contrario por regla general que el que no cumple el contrato, no á la verdad por falta de poner medios, sino por impedimento extraño, superior ó imprevisto, no incurra en la pena estipulada, á no ser cuando lo contrario se estableciese espresamente.

ESTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

Después de haber hablado en general cómo se adquieren derechos por medio de los contratos, se vá á tratar como se estinguen las obligaciones contraídas en su virtud. Este método de proceder me parece bueno para que se encuentren de una o-

jeados los modos de estinguirlas; estos son, la paga, compensación, confusión, destrucción, remisión y novación, que se refieren en nuestro derecho, y obtienen sin duda la disolución del contrato, si bien parece que este catálogo no es completo. Yo tengo obligación de dar á Pedro mil pesos anuales mientras viva, llegando éste á morir se estingue mi obligación; ¿por cuál de los modos citados se verifica esto? No veo que pueda aplicarse con propiedad alguno de ellos. Supongamos tambien que yo debo á Juan cien pesos por precio de un caballo que me ha vendido; pero habiéndonos arrepentido después ambos de haber celebrado el contrato, lo rescindimos de mútua conformidad; ¿por cuál de los modos señalados se hace la extinción de mi obligación? No lo concibo. Tengo igualmente obligación de permitir á Antonio que pase por mi heredad cuando le dé la gana; pero habiendo transcurrido el tiempo legal sin hacer uso de su derecho, lo he prescrito; ¿hay por ventura en la lista que se pone algun modo que comprenda esta extinción? Sin duda que no. Seria pues de desear que ella se hiciese mas completa; que no se limitase á las obligaciones contraídas por los contratos; y que en fin este tratado abrazando las que se celebrasen de cualquiera manera que fuese, se colocase después de haber hablado de todos los diferentes modos de adquirir.

Por la misma razon de considerarse por nuestra legislación los modos de estinguir las obligaciones como aplicables á solas las contraídas por medio de contratos; y aun mas habiéndose reputado el de la paga como propio de una cantidad pecuniaria debida, se habla sin duda inexactamente de esta sola, cuando deberia estenderse al cumplimiento de cualquiera obligación, sea que consista

en pagar dinero, sea en entregar alguna cosa, sea en hacer algo. ¿Pues qué privilegio ha de tener la paga de una cantidad para hablarse de ella y no de las demás satisfacciones ó cumplimientos de las obligaciones? ¿Por ventura no interesa saber cuando se verifica la estincion de éstas? Pero el dinero, considerado como única riqueza, se habia llevado todo el interés y atencion de los legisladores. Sea lo que fuere de ello, es claro que el cumplimiento de una obligacion no es real y efectivo mientras no se haga la satisfaccion de la misma manera estipulada, y que por lo mismo el acreedor no debe ser forzado á contentarse hasta que así se verifique. ¿Pero será conveniente poder obligar á éste á recibir parte de la cantidad que se le debe? A primera vista parece que el hacerlo así es útil al deudor y acreedor, á aquel por lo mismo que lo hace voluntariamente, y á éste porque le es mejor recibir algo que no tener nada. Sin embargo, si se examina bien, se hallará que el acreedor puede muchas veces ser perjudicado considerablemente con esta medida; porque ¿no es cierto que puede haber arreglado su conducta con la esperanza de percibir toda la cantidad entera? ¿No lo es tambien que puede gastar insensiblemente estas pequeñas porciones, dejar de emplear así la totalidad en alguna cosa productiva, segun pensaba, y en fin de cuenta perjudicarse muchísimo? Sobre todo, la repugnancia que de ello tenga el acreedor, indica este resultado; y por otra parte proviniendo esto de la falta del deudor: justo es hacerlo cumplir el contrato.

Los que tienen una incapacidad general de celebrar contratos, están sujetos á la autoridad marital, paternal ó tutelar; y como sin la licencia ó intervencion de ésta nada deben hacer válidamente, á lo

menos en cuanto traten de desprenderse de algun interés ó perjudicarse, es consiguiente que no pueden hacer pagas á sus acreedores. Pero mucho menos deben tenerse por eficaces y legítimas las que así se verifiquen, por las razones que están á la vista de cualquiera, y que tengo manifestadas en la primera parte, sin que por lo mismo sea necesario insertarlas aquí.

Segun las leyes el deudor de muchas deudas distintas de uno, tiene derecho de aplicar lo que entrega por el pago de la que quiera, y no haciendo semejante aplicacion, se entenderá verificada respecto de la mas gravosa. Lo primero podrá ser fundado y conforme en el principio de la utilidad, cuando fuese igualmente sensible y perjudicial al acreedor la falta de cobro de su haber; porque de lo contrario claro es que el deudor escogerá una deuda cuya satisfaccion mas pronto le interese, al paso que sucede lo opuesto respecto del acreedor. ¿Será pues justo conceder á aquel en perjuicio de éste un derecho por efecto de su misma morosidad, pues que ambas deudas son verdaderas, y tiene obligacion de pagarlas todas con la misma puntualidad? Yo creo que no. Así, supongo que Pedro debe á Juan mil pesos por préstamo á interés de seis por ciento, y otros mil por precio de algunas cosas vendidas; supongo que los plazos de ambas deudas hayan vencido, y que le entrega quinientos. Claro es, que si se deja en manos del deudor el señalar á qué deuda se ha de aplicar, lo hará respecto del préstamo, pues de esta manera se librará del pago de intereses de quinientos pesos, que tendria que satisfacer si fuesen éstos aplicados al precio de la venta. Cualquiera vé aquí en el acreedor un perjuicio de pérdida que no se compensa por la utilidad de adquisi-

cion del deudor, debido sobretodo á la morosidad ó culpa de éste, razon de mas para no favorecerlo. Otro ejemplo. Antonio debe á Diego cuarenta pesos por precio de arriendo verbal de una casa, y otros veinte por préstamo hecho en escritura que trae aparejada ejecucion. Supongamos que le entrega esta última cantidad diciendo que es por cuenta del préstamo; ¿no es patente que Diego tiene perjuicio en esto, porque los cuarenta pesos que le restan no son para él tan cobrables, puesto que no tiene accion ejecutiva, cual le quedaba despues de hecha aplicacion al arriendo? Es bien cierto. Por los mismos principios parece que no espresándose qué deuda se paga, debe entenderse aquella cuya pronta satisfaccion interesa mas al acreedor que al deudor. Así nuestras leyes favorecen en esto directamente á este último; pero yo entiendo que mas digno de consideracion es el acreedor á quien se falta en el total y exacto cumplimiento de los contratos. Sin una proteccion decidida de ellas á favor de los contratantes puntuales, y sin un freno contra los morosos, la contratacion se desalentaria, y en cosecuencia se disminuiria conocidamente.

La compensacion se funda en una ficcion legal, pero cuyas utilidades son bien directas y reales para el comercio; porque ahorra gastos, evita esposiciones, disminuye disgustos, y en fin, facilita las transacciones comerciales. Por ejemplo, yo debo mil pesos á un comerciante de México, y él me debe otros mil por distinto título; ¿no es útil fingir que los dos nos hemos entregado mutuamente estas cantidades, y considerar por estinguidas nuestras obligaciones, en lugar de remitirlas efectivamente el uno al otro? ¿No seria el colmo del absurdo hacerlo así? Ello es bien claro. La compensacion,

es una medida dictada por la filosofia. Ella puede tener lugar ya en la totalidad cuando dos se deben mutuamente iguales cantidades, ya tambien parcialmente si la deuda del uno fuese mayor que del otro, porque á lo menos en la cantidad concurrente se conseguirian los espresados beneficios.

Mas para esto, el crédito de ambos ha de ser igualmente líquido, eficaz y puro; porque ¿cómo puede compensarse un haber que no se sabe si es verdadero ó no? ¿No seria obligar á uno á pagar su deuda antes del plazo estipulado, y por consiguiente perjudicarlo muchísimo, compensando un crédito eficaz con una deuda que no lo sea? ¿No seria asegurar de antemano un hecho, cuya realidad es incierta, y por lo mismo esponer á causar perjuicios, admitiendo en compensacion de un crédito puro una deuda condicional? Es pues patente la justicia de nuestra ley. Sin embargo, ella da derecho de liquidar dentro de diez dias el haber que supone tener el deudor en poder de su mismo acreedor para el efecto de compensar, lo cual ya no puede aprobarse. ¿No se daría margen á que un deudor tenga derecho de entretener en este espacio á su acreedor á pretexto de hacer la liquidacion, aunque por otro lado esto sea falso? Otra cosa es que en un juicio ejecutivo se conceda á un deudor algun término para probar su excepcion; pero es claro que para impedir el curso de la ejecucion, debe ser ésta de tal naturaleza que por su parte merezca el mismo concepto eficaz, ó que disuelva la obligacion. De todos modos en este caso una sentencia declararia por legítima la deuda, lo que no puede tener lugar fuera de un juicio; pero en fin, esto mas pertenece á la parte del enjuiciamiento.

La ley, despues de establecer la regla

general de que el crédito de un tercero no es admisible en compensacion, da lugar á que un fiador pueda oponer en este concepto el haber del deudor principal, igualmente que otro el crédito que tiene contra el hijo ó padre respectivo del acreedor. Apenas hay un hombre que aunque tenga créditos por una parte, no tenga deudas por otra, y por esta razon admitir en pago de una deuda el crédito de un tercero, seria lo mismo que autorizar á no pagar ninguna de ellas. En hora buena, pues, que habiendo este tercero cedido, endosado ó transferido de cualquiera otra manera al deudor su crédito, trate éste de presentarlo á su acreedor en compensacion: ya entonces será crédito suyo propio, y será justo admitírselo; mas en otro caso son patentes los inconvenientes que hay para darle este derecho. Con todo, tampoco tendré reparo en aprobar el que un fiador compense la deuda que se le pide, no solo con su propio crédito contra el mismo acreedor, sino tambien con el que tenga el deudor principal contra éste; porque parece que en todos estos casos se obtienen las utilidades esplicadas de la compensacion.

Pero entiendo que de ninguna manera debe admitirse á un tercero, deudor á un padre, lo que su hijo le debe ó vice versa. Esto se ha fundado sin duda en la máxima general de que padre é hijo son una misma persona, y que por lo tanto es indiferente tener que recibir de uno ó de otro; mas esta doctrina es errónea y la ficcion legal peligrosa. ¿Cómo puede decirse que aquellos son una sola persona cuando en realidad son dos? ¿Por ventura están confundidos los derechos de ambos mientras el hijo no salga de la patria potestad? ¿No tiene cada cual de ellos sus derechos y obligaciones distintas para con los demás ciudadanos y

entre sí mismos? Otra cosa es, que durante aquella el padre ejerza en nombre del hijo todos los actos civiles que éste debería ejercer, á estar libre de tal dependencia: así sucede tambien en el tutor respecto del pupilo; pero es claro que cada uno de ellos tiene sus derechos diversos, y que nada tienen que ver con sus deudas y créditos individuales.

No obstante la regla general de la compensacion establecida antes, nuestras leyes exceptúan justamente algunos casos en que ella no debe tener lugar: tal sucede respecto de las contribuciones impuestos municipales, obligaciones de ejecutar algun hecho, y en los depósitos. En efecto, como se ha dicho ya, la compensacion se funda en la utilidad que ambos deudores tienen en verificarla; pero puede suceder muy bien que uno de ellos tenga mas perjuicios en que su deudor le haga el descuento, que utilidad éste en lo mismo. Así, las contribuciones del Estado é impuestos municipales, tienen la atencion de un interés general, cuya falta de servicio pudiera traer consecuencias mas perjudiciales que las que resultarian de la falta de pago al particular. La recaudacion de estos recursos debe estar exenta de toda traba semejante, pues bastantes opondrá la misma naturaleza del asunto: por lo mismo, el particular no deberá tener derecho de semejante retencion, y si únicamente el de reclamar separadamente su haber. Las obligaciones de ejecutar algun hecho apenas admiten equivalente, ni por lo mismo pueden compensarse. Finalmente, respecto de las cosas depositadas hay la razon de que en estos contratos se atiende solamente á la fidelidad, buena fé y amistad de los que las reciben, y parece que el retenerlas es faltar á ellas. Por esto el aprobarlo de parte de la ley, seria dar

ella misma un mal ejemplo, siendo así que debe aparecer siempre reprendiendo á los que cometan acciones que se dirijan contra semejantes virtudes sociales. Puede haber otros créditos cuya retencion cause mas perjuicios que utilidades. Tales son: 1.º Los que consisten en cantidades meramente alimenticias, porque así se espondria á matar de hambre á uno, en lugar de que el acreedor solo podria tener un perjuicio de poca monta: 2.º Las cantidades destinadas á librar á uno de los enemigos ó ladrones: 3.º Los que tienen por objeto enseñar algun oficio ó ciencia: 4.º Los que van á invertirse en algun ramo de industria ó de otra utilidad pública.

Dejaré de hablar aquí de la confusion de derechos del acreedor y deudor, igualmente que del robo y destruccion de la misma cosa debida, y paso á la remision. Es indudable que cuando ésta se verifica clara y deliberadamente, será un medio efectivo de extinguir en su totalidad la deuda; pero segun nuestras leyes tambien se puede entender por perdonada tácitamente cuando el acreedor ejecuta algun hecho, del cual se infiere ser ésta su intencion. La voluntad del hombre como acto interno es oculta; un hecho por mas que muchas veces parezca descubirla, es efecto de otra cosa; la remision de una deuda es suceso bastante raro; y por lo mismo no debe suponerse. Así, yo entiendo que la ley no deberia ser fácil en declarar por extinguida una obligacion por un hecho del acreedor, fundándolo en una voluntad tácita de remitirla, ó que por mejor decir, para que esto se verifique debieran presentarse indicios ó presunciones bastante claros y justificativos de la predicha intencion. En consecuencia, creo que la entrega ó destruccion de una escritura pública que pone

la ley por bastante, no debe considerarse tal; porque es claro que el acreedor no queda impedido por eso de sacar una copia de ella, y pedir con ésta su haber. Por el contrario, parece que la entrega de un recibo original ú otro documento, sin el cual el acreedor no puede justificar su accion, debe servir de suficiente prueba de la remision tácita del crédito igualmente que el hecho de romper dichos papeles: á esto deberian limitarse en mi concepto las presunciones de la voluntad; y aun entonces convendria conceder al acreedor el derecho de hacer ver que hizo la entrega del recibo en mera confianza, y no por donar; ó que lo rompió inadvertidamente y no de propósito. Es mejor pecar en esto por mas que por menos.

El último modo de extinguir las obligaciones, señalado por nuestro derecho, es la novacion; pero se vé que ésta no las disuelve absolutamente. En efecto, en todas las maneras de acabar las obligaciones que se han esplicado hasta ahora, quedan estinguidas estas de tal manera, que su acreedor permanece sin derecho ni accion á reclamar su cumplimiento á persona alguna. Mas en la novacion no sucede así; porque si bien es verdad que la obligacion que proviene de un título, cesa de tener efecto, tambien lo es que la misma accion principal comprendida en ella, queda por la nueva en su vigor obligatorio. Yo debo mil pesos á Pedro por precio de una heredad que me ha vendido, y anulando esta obligacion, otorgo otra diciendo haber recibido la misma cantidad á préstamo: ¿no quedo yo obligado á pagar mil pesos de una manera ú otra? ¿Pues dónde hay aquí estincion total? A lo menos yo no veo en ello mas que un cambio, una modificacion de la voluntad de los contrayentes,

modificacion que lejos de anular la primera convencion la afirma y corrobora en los mas de los casos, porque aun cuando no se haga otra cosa, de contado la obligacion es mas reciente, y por consecuencia parece mas eficaz. El mismo raciocinio se puede hacer cuando hay subrogacion de deudor, pues es claro que siempre queda en su pié la deuda sea que tenga que pagarla uno ú otro. Así, creo que este tratado no esplica el objeto que se propone y que por lo mismo pudiera quitarse de este lugar: esta es la razon por qué no comento individualmente los artículos ó disposiciones de esta materia.

TITULO 26.

De la compra y venta.

CAPÍTULO I.

DE LA NATURALEZA DE ESTE CONTRATO, DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE SEA VÁLIDO; DE LAS COSAS QUE PUEDEN Ó NO VENDERSE; DE LA LESION ENORME, Y DE LAS RESPECTIVAS OBLIGACIONES DE LOS CONTRATANTES.

1. Definicion del contrato de venta.
2. Requisitos necesarios para la validez del mismo.
3. La ley no exige como formalidad necesaria para la validez de este contrato que se haga su otorgamiento en escritura pública ni privada, á menos que la venta sea de bienes raices.
4. En las cosas que se venden por número, peso ó medida, no hay venta hasta que se hayan pesado, contado ó medido.
5. Perfeccionada la venta es de cargo del comprador el detrimento ó mejora que acaezca á la cosa vendida.
6. La promesa de vender á cierto plazo, es obligatoria siempre que haya mútuo convenio.
7. Si la venta es condicional y la cosa se mejora ó empeora antes que aquella se cumpla, pertenece tambien su aumento ó menoscabo al comprador.
8. Dúdase sobre á quién pertenece el aumento ó disminucion, cuando se vende algun prédio contiguo á un rio, y por aluvion se mejora ó deteriora.
9. Consistiendo en número, peso ó medida lo que se vende, si el comprador lo gusta, pesa ó mide, le toca igualmente el aumento ó pérdida posterior; pero no el anterior.
10. Despues de entregar al comprador la finca, le corresponden sus utilidades y frutos.
11. Opiniones de varios autores sobre si pertenecen al comprador los frutos que produce la finca despues de perfeccionado el contrato y antes de su entrega.
12. ¿Entre qué personas está prohibido el contrato de venta?
13. No pueden comprar los empleados bienes algunos en el ramo que administran, ni los jueces en el término sujeto á su jurisdiccion.

14. Ninguno puede recibir cosa alguna por compra ó cambio del esclavo sin licencia de su señor: esta doctrina no puede tener lugar en el día, supuesta la abolición de la esclavitud.
15. Los clérigos están privados igualmente de comprar y vender por vía de negociacion.
16. Los menores tampoco pueden comprar ni vender sin licencia de sus tutores ó curadores.
17. Regularmente hablando nadie puede ser precisado á comprar ó á vender á no ser en los casos que se espresan.
18. Cosas que pueden ó no venderse.
19. No pueden venderse los créditos no liquidados ni los bienes litigiosos hasta que el juicio se concluya.
20. Si se vende una cosa agena sin el correspondiente poder de su dueño, tendrá éste derecho á reclamarla juntamente con el rescimiento de los perjuicios que se le hubiesen seguido.
21. ¿Qué deberá hacerse si alguno vendiere una misma cosa á dos distintas personas?
22. En la venta de una finca se incluyen las cosas accesorias y adherentes á ella.
23. ¿Qué cosas deben venderse en pública subasta?
24. Calidades que debe tener el precio.
25. Si en la venta de una cosa inmueble hubiere sido perjudicado cualquiera de los contrayentes en mas de la mitad del justo precio, les corresponde el derecho para pedir el suplemento, ó en su defecto la rescision del contrato.
26. ¿Qué deberá hacerse cuando alguno de los contrayentes ha sufrido lesion?
27. Una de las obligaciones del vendedor es entregar al comprador la cosa vendida.
28. Celebrada la venta por mayor de cualesquiera especie, si el vendedor espresare que habia una cantidad determinada, deberá entregar ésta al comprador; pero no si nada hubiese espresado.
29. Otra de las obligaciones del vendedor es quedar responsable á la eviccion y saneamiento ó eviccion.
30. Demandado el comprador sobre la cosa vendida debe hacerlo saber al vendedor.
31. Aunque en el contrato no se haga estipulacion alguna acerca de la eviccion, no por eso dejará de estar obligado el vendedor á sanear la cosa vendida.
32. Resultando la responsabilidad de un hecho personal al vendedor siempre estará obligado al saneamiento.
33. En la venta de cosa agena puede emplazarse al comprador, y si éste emplaza al vendedor y se presenta en juicio, deberá el dueño seguir el pleito con el vendedor.
34. Vencido el comprador en juicio por una parte de la cosa vendida, puede pedir la rescision del contrato si dicha parte fuere de entidad.
35. Casos en que no tiene lugar la eviccion.
36. Pero habrá lugar á la eviccion cuando la cosa vendida estaba gravada con servidumbres, censos ó cualquiera otra carga, que no se hubiere manifestado al tiempo de la venta.
37. El vendedor es responsable tambien al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa vendida que no se manifestaron al tiempo de la venta.
38. Si la cosa pereciere por causa de dichos defectos ocultos, será responsable el vendedor de esta pérdida.
39. Casos en que no será responsable el vendedor de los defectos ó vicios que tenga la cosa vendida.
40. ¿Cuáles son las obligaciones del comprador?
41. Temiendo el comprador por justo motivo que algun tercero pueda reclamar la cosa vendida, podrá suspender la entrega del precio.
42. No pagando el comprador á su debido tiempo podrá el vendedor pedir, bien sea la rescision de la venta ó el cumplimiento del contrato.
43. El comprador está obligado á abonar al vendedor los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida en el tiempo que mediere desde la venta hasta la entrega del precio,



44. El contrato de compra y venta cuando versa sobre cosas que son objeto del tráfico mercantil, se regirá por las disposiciones del Código del Comercio, que entre nosotros son hasta ahora las contenidas en las ordenanzas de Bilbao.

1. Llámase contrato de venta el convenio de dos ó mas individuos para dar el uno al otro una cosa mueble ó inmueble, ó traspasar algun derecho por precio determinado que consista en dinero efectivo ó á cierto plazo. El que da la cosa se llama vendedor y el que la recibe entregando el precio, se denomina comprador.

2. Para que sea válido este contrato deben concurrir los requisitos siguientes: 1.º Idoneidad en los contrayentes y libre consentimiento de los mismos: 2.º Una cosa cierta y determinada: 3.º Precio fijo determinado, por manera que faltando una de estas tres cosas no habrá contrato (1). La venta puede hacerse simplemente ó bajo condicion. En este segundo caso no se perfecciona hasta que se verifica la condicion, porque ésta suspende el efecto del contrato.

3. No es necesario como formalidad indispensable para la validez del contrato de venta, que se haga su otorgamiento en escritura pública ni privada, á menos que fuere de bienes raices. Si los bienes vendidos fueren muebles, bastará en su caso para hacer constar el consentimiento de los contratantes, que éste se haya expresado ante dos testigos idóneos.

4. En las cosas que se venden por número, peso ó medida, ó que segun costumbre ó uso comun, se prueban ó gustan antes de comprarse, no hay venta hasta que se hayan contado, pesado, medido ó probado, y conformándose el comprador. Se presume haberse verificado

las condiciones espresadas y aprobado la calidad de la cosa por el comprador, cuando éste no comparece en el dia prefijado en el contrato, ó á falta de designacion en el que señalare el vendedor. En tal caso tendrá éste el derecho de repetir contra el comprador el resarcimiento de los perjuicios que haya experimentado por la espresada falta. Si la venta hubiere sido hecha por muestras, no podrá el comprador oponerse al recibo de los efectos contratados, siempre que sean conformes á aquellas, y en caso de resistirse á tomarlos por falta de esta conformidad, nombrará cada uno de los contratantes un perito, y el juez un tercero en discordia para que confronten los efectos con las muestras, y declaren si son ó no iguales. En el primer caso se deberá declarar válida la venta, y en el segundo se rescindirá el contrato indemnizando el vendedor al comprador de los perjuicios que se le hayan seguido. En cuanto á la compra de cosas que no se tienen á la vista, se presume en el comprador la reserva de examinarlas por sí ó por apoderado suyo, y hasta que esto se verifica no se entiende perfeccionado el contrato; por consiguiente, podrá el comprador retractarse de él si no le conviene la cosa.

5. Perfeccionada la venta es de cargo del comprador el detrimento ó daño que desde entonces acaezca á la cosa sin culpa del vendedor; y por el contrario hará suyo el aumento ó la mejora que tenga la misma (1). No obstante, si hubieren pactado los contratantes que el vendedor

(1) Leycs 9, 10 y 20, tit. 5, p. 5:

(1) Ley 23, tit. 5, p. 5.

sea responsable del daño ó detrimento, así se verificará acaeciendo éste antes de efectuarse la entrega de la cosa. También será responsable el vendedor, si el daño ocurriese por su culpa ó tardanza en entregar la cosa, y si fuere el comprador quien tardare en recibirla cuando debe, es de su cargo el daño acaecido por su morosidad.

6. La promesa de vender á cierto plazo ó término prefijado, es obligatoria siempre que haya mútuo convenio, y si hubieren mediado arras ó señal para seguridad del cumplimiento de la promesa, el que las haya dado las perderá si se arrepintiere, y si el que las recibió fuere el retractante, habrá de restituirlas con resarcimiento de daños é intereses.

7. Si la venta es condicional y la cosa se mejora ó empeora antes que aquella se cumpla, pertenece también su aumento ó menoscabo al comprador; pero si todo se pierde ó destruye corresponde al vendedor, aunque se cumpla después la condicion. Si antes de cumplirse muere el comprador, ó el vendedor, ó ambos, vale la venta; y verificada que sea la condicion, deben pasar por ésta y observarla sus herederos (1).

8. Si se vende algun prédio contiguo á un rio con el pacto de retroventa, y por aluvion se mejora ó deteriora, dúdase á quién pertenecerá su aumento ó disminucion, y qué deberá restituir el comprador. Algunos autores dicen que pertenece á éste; porque la venta está perfecta, se le transfiere su dominio, y el alveo que le agrega el rio, como cosa accesoria lo hace suyo, por cuya razon cumplirá con restituir el prédio segun se vendió, cuando el vendedor le devuelve el precio. Otros opinan que el aumento de la cosa toca al

vendedor, porque el dominio que adquiere el comprador es revocable y temporal, no simple, perfecto ni perpétuo, y con el mismo título y cualidad con que posee el prédio, posee la porcion unida como si fuese nueva. Además, el vendedor cuando enagena el prédio lo vende en virtud del pacto para cuando se le devuelva su precio, por lo cual no hay nueva venta, ni por consiguiente se paga alcabala; y por lo mismo debe el vendedor recibir la cosa con el aumento ó deterioro que tenga, mayormente cuando al comprador no se le causa perjuicio, ni éste debe ignorar lo que el rio puede hacer. Esta opinion nos parece fundada; mas para evitar en estos casos dudas y pleitos, convendrá que el escribano prevenga á los contrayentes, que pacten lo que se ha de practicar.

9. Si la cosa objeto de la venta consistiese en número, peso ó medida, y el comprador la gusta, pesa ó mide, le toca igualmente el aumento ó pérdida posterior, mas no el anterior, á no ser que, como ya hemos indicado, se fijase día con este objeto y no concurriese, pues en este caso será de su cuenta. Mas si lo que se compra es por mayor, que llaman á vista ó á ojo, será el peligro de cuenta del comprador después de convenidos en el precio (1). Si hecho ya el ajuste hubiese demora por parte del vendedor en entregar la cosa al comprador, y delante de testigos le ofrece éste su valor, pertenece á aquel el peligro; pero si se la hubiese querido entregar sin deterioro, y el comprador fué moroso en recibirla, sufrirá éste el detrimento (2).

10. Entregada la finca le corresponden al comprador sus utilidades y frutos,

(1) Leyes 24 y 25, tit. 5, p. 5.

(2) Ley 27, tit. 5, p. 5.

(1) Ley 26, tit. 5, p. 5.

mediante á que por la tradicion se hace señor de ella, y como á tal le corresponden las mejoras y deterioros. Esto se entiende aun cuando no se haya pagado su precio, siempre que hubiese dado fianza ó hipoteca para su seguridad, ó el vendedor se la hubiere fiado. Tambien pertenecen al comprador los frutos pendientes en la finca al tiempo de su venta pura, y antes de su tradicion, estén ó no maduros; porque son parte de ella, y se entienden comprendidos en el precio porque aquella se celebra, á no ser que se pactase lo contrario. Pero siendo hecho con pacto de retrovendo, y estando pendientes al tiempo de la redencion, se duda á quien corresponden. Unos dicen que al que redime con tal que pague los gastos al comprador; y otros que se ha de proratear entre ambos deducidos aquellos. Esta opinion es bastante equitativa, aunque la primera es mas conforme á derecho, bien que esto ha de entenderse cuando la retroventa se hace por el mismo precio que la venta; pero no si el pacto es solamente de que el comprador ha de retrovender, pues entonces se entiende por el precio justo, y se estiman los frutos.

11. En cuanto á si pertenecen igualmente al comprador los frutos que produce la finca despues de perfecto el contrato, y antes de su entrega, hay tambien divergencia de opiniones. Segun unos corresponden tales frutos al comprador, aunque no haya dado seguridad ni hipoteca, y aunque el vendedor no se la hubiese fiado; excepto que los contrayentes pacten otra cosa, porque quien está al daño debe estarlo á la utilidad, y mediante á que si la cosa perece sin culpa ni demora del vendedor, debe perecer para el comprador, y si éste ha de pagar su precio, deben ser suyos tambien los

frutos que produzca antes de su tradicion. Segun otros pertenecen al vendedor, porque las cosas, como se ha dicho, fructifican para su dueño, y éste lo es hasta que se verifica la entrega y se le paga su precio ó le dan seguridad para pagarlo, ó se lo fia al comprador hasta cierto tiempo. Además, entre los contrayentes debe haber igualdad, y ninguno tiene obligacion de cumplir por su parte si no cumple el otro; en cuya atencion, si el comprador no satisface el precio, el vendedor como dueño deberá percibir dichos frutos. Mas para evitar todas estas dudas, será muy conveniente como dijimos antes, que el escribano aconseje á los contrayentes se espliquen con claridad acerca de dichos frutos.

12. Hay algunas personas que tienen prohibicion legal para celebrar el contrato de compra y venta, y son las siguientes: 1.º El padre con el hijo que está bajo su patria potestad, excepto en los bienes castrenses ó cuasi castrenses de éste. Igual prohibicion tiene el hijo de familia para comprar y vender á un extraño sin licencia de sus padres, mientras esté bajo su potestad (1); y aunque venda los bienes adventicios, de que su padre tiene el usufructo, y la venta sea jurada, no vale, porque cede en perjuicio de tercero: 2.º El tutor ó curador con el pupilo ó menor en los bienes de éste que el primero administra; si se hiciera esta venta, además de ser nula, habrá de satisfacer el tutor ó curador al menor el duplo de lo que hubiere comprado, á no ser que intervenga la licencia judicial, y aun de esta suerte ha de redundar la venta en utilidad del pupilo; pues no redundando podrá el menor pedir restitution, dentro de los cuatro años siguientes

(1) Leyes 2, tit. 5, p. 6; y 17, dt. 4.º

á los veinticinco de su edad (1). Entre marido y muger, á no ser en los casos siguientes: 1.º Cuando no es hecha en fraude de la ley y por causa de donacion: 2.º Cuando por separacion judicialmente decretada, cualquiera de los dos consortes ceda ó venda al otro parte de sus bienes para pago de lo que deba: y 3.º Cuando la muger cede bienes á su marido en pago de una cantidad que le hubiere prometido por causa del matrimonio.

13. Tampoco pueden comprar los empleados en cualquier ramo de administracion pública bienes algunos de los que administran. Igualmente está prohibido á los jueces comprar heredad alguna en el término sujeto á su jurisdiccion mientras la ejerzan. Tampoco podrán los jueces, escribanos, y demás oficiales de justicia, traspasar ó ceder derechos y acciones litigiosas, que sean de la competencia del tribunal donde ejercen sus funciones, so pena de nulidad de la venta y resarcimiento de daños é intereses.

14. Ninguno podrá recibir cosa alguna por compra, trueque, empeño ni de ningun otro modo, de esclavo ni esclava sin el conocimiento de su señor, á no ser que sea comerciante y por tal esté recibido (2). Este tráfico vergonzoso está abolido, y todos los hombres son libres en la república mexicana, como se ha advertido al principio de esta obra. Tampoco pueden comprar nada en almonedas los ropavejeros por sí ni por otra tercera persona, pena de perder lo que compran. Igual prohibicion existe con respecto á comprar de criados muebles de casa, ni otras cosas aunque sean de comer, pena de ser castigado el comprador como encubridor de hurto (3).

15. Los clérigos están privados igualmente de comprar y vender por via de negociacion, ya sea á nombre suyo ó de otro, tanto por las leyes civiles (1) como por el Concilio de Trento, y por la constitucion de Benedicto XIV *Apostolica servitutis*.

16. Los menores nada pueden comprar ni vender sin licencia de sus tutores ó curadores. Y si el menor celebra por sí mismo la venta, y lo que vende es cosa raiz ó mueble precioso, y de fácil conservacion, ha de concurrir su curador á su otorgamiento precediendo informacion de utilidad ó necesidad grave y licencia judicial, y el juez no debe darla sin conocimiento de causa. Mas para la venta de los demás bienes muebles, basta la de su curador: y no interviniendo esta solemnidad, será nulo el contrato, y el menor podrá reivindicar la cosa de cualquier poseedor (2): la misma solemnidad se requiere en el contrato hecho por los mudos y totalmente sordos, pródigos, locos, fátuos ó desmemoriados; siendo de advertir que el beneficio de restitucion *in integrum* puede ser cedido, aunque es personal, y tambien que de la venta ó permuta rescindidas por dicha restitucion, no se debe alcabala; pero no se puede repetir la pagada.

17. Regularmente hablando nadie puede ser compelido á vender cosa propia ni comprar la ajena; pues si para celebrar esta venta ó otro contrato hay violencia ó miedo grave, no vale, aunque intervenga fianza, pena y juramento (3), al modo que tambien se anula cuando interviene dolo como se dijo en su lugar. Pero podrá obligarse á comprar ó vender

(1) Ley 46, tit. 6, par. 1.

(2) Leyes 59 y 60, tit. 18, part. 3; 18, tit. 16, part. 6; y 17, tit. 1, lib. 10, Nov. Rec.

(3) Leyes 3 y 56, tit. 5, part. 5; y 7, tit. 3, part. 7.

(1) Ley 4, tit. 5, p. 5.

(2) Ley 16, tit. 8, lib. 10, N. R.

(3) Ley 5, tit. 12, lib. 10, N. R.

en los casos siguientes: 1. ° Cuando hay esterilidad ó escasez de artículos de primera necesidad para la vida, ú otro motivo en que se interesa la utilidad pública, pues entonces está facultada la autoridad para compeler á su dueño á que los venda por su justo precio; porque el bien público es preferible al particular: 2. ° Por razon de la utilidad pública, y en este caso no podrá ser privado de su propiedad el dueño sin la correspondiente indemnizacion y justo precio de su finca ó heredad, como ya tengo anteriormente advertido.

18. Puede venderse todo lo que sea objeto del comercio humano, y cuyo dominio puede adquirirse á lo menos por el comprador. Si la cosa fuere de varios dueños, cualquiera de ellos puede vender su parte á un tercero, ó condueño, aun cuando aquella esté proindiviso. Hay sin embargo algunas cosas que legalmente no pueden venderse, y son las siguientes: 1. ° Las sagradas y destinadas al culto divino, á no ser en los casos de necesidad marcados en el derecho, y generalmente los bienes que corresponden á la Iglesia no pueden ser vendidos por sus prelados ni por los particulares (1): 2. ° La piedra, madera ú otras cosas mientras forman un edificio (2): 3. ° La cosa agena, siempre que el vendedor no tenga poder especial de su dueño para enagenarla: 4. ° Las armas prohibidas, aunque en el dia vemos que éstas se enagenan en lugares públicos á ciencia y paciencia de las autoridades: 5. ° Los venenos, excepto cuando se emplean como medicamentos, y en virtud de receta firmada por un médico conocido: 6. ° El derecho de suceder á una persona que todavía existe,

aun cuando medie consentimiento de ésta, y si se hiciese la venta además de ser nula, queda privado el vendedor de suceder en la herencia (1).

19. No deben venderse tampoco los créditos no liquidados, ni los derechos y acciones, y otros bienes litigiosos, hasta que el juicio se concluya; por consiguiente si alguno despues de emplazado y pendiente el pleito sobre su dominio ó propiedad, los vendiere ó cambiare ó en otra forma enagenase, á mas de ser nula la venta y enagenacion, incurre en varias penas, en las que incurre tambien el emplazado si las enagena despues del emplazamiento á pretesto de ser suyas; y tambien el comprador, si supiere el engaño (2). Mas si el comprador fuere de buena fé, recobrará el precio, y á mas percibirá del vendedor la tercera parte de lo que importe, aplicándose las otras dos á la recaudacion de penas de cámara. Pero se exceptúan cuatro casos en los que no será nula la venta. 1. ° Cuando los bienes de que hemos hablado se dan por título de dote ó de donacion *propter nuptias*. 2. ° Cuando pertenecen á muchos, y éstos quisieren partírlas y enagenarlos entre sí: 3. ° Cuando se legan á alguno en un testamento ó en otra última disposicion; conviniendo advertir que en los dos primeros casos debe responder á la demanda el que los recibe, y en el último el heredero del testador, y no su legatario, el cual únicamente tendrá derecho á dichos bienes si el pleito se gana (3): 4. ° Cuando se dan por título de transaccion y no interviniendo fraude. En el caso de que alguno fuere sabedor de que se le trata de demandar sobre alguna cosa que posee, y la ven-

(1) Leyes 1, tit. 14, part. 1; y 15, tit. 5, part. 5.

(2) Ley 16 de dicho tit.

(1) Ley 13, tit. 5, part. 5.

(2) Ley 13, tit. 7, part. 3.

(3) Ley 14, tit. 7, part. 3.

diese ó enagenase antes del emplazamiento á persona mas poderosa que su contrario, la ley (1) dispone que sea nula la enagenacion, y deja á eleccion del actor demandar al vendedor ó al comprador, ó á la persona á quien se enagenó. Igualmente el que antes del emplazamiento vende ó enagena á persona mas poderosa su accion ó derecho contra otro pierde su derecho, y el demandado no tiene obligacion de contestar á ninguno de ellos (2).

20. Si la venta se hiciere de cosa agena, sin poder ó facultad de su dueño, tendrá éste derecho á reclamarla juntamente con el resarcimiento de los perjuicios que se le hubieren seguido, quedando mancomunadamente obligados al comprador y vendedor en el caso de saber que la cosa era agena. Pero si ignorase esto el comprador, solamente existirá dicha obligacion respecto del vendedor; y el comprador tendrá en todo caso derecho de exigir del vendedor el precio que hubiere dado por la cosa, y tambien el resarcimiento de perjuicios cuando hizo la compra ignorando que la cosa fuese agena.

21. Si alguno vendiere á dos personas distintas una misma cosa, será preferido el primer comprador en el caso de que hubiere entregado ya el precio, y subsistirá el contrato celebrado con él aunque la cosa vendida se haya entregado. Mas si el vendedor hubiere percibido dos precios, habrá de restituir uno de ellos al segundo comprador que no recibe la cosa, indemnizándole además de los perjuicios que haya recibido.

22. En la venta de una finca se incluyen las cosas accesorias y coherentes á ella, y son las que por la ley, estatuto

ó costumbre están destinadas para existir unidas é inseparables de la primera. Puede sin embargo suscitarse la duda de si se entenderá ó no comprendida en la venta de una cosa ó fundo, otra finca accesoria contigua al primero. La resolucion pende de los términos del convenio, pues si bajo una misma cláusula ó denominacion se hubiere comprendido el principal y el accesorio, poseyéndolos ambos el vendedor, no hay duda que la venta se estiende á uno y á otro. Lo mismo sucederá con la huerta ó bodega que está junto á la casa vendida, para su uso, aunque no exista dentro del cercado de ésta, y entre ella y la huerta medie alguna distancia como un camino público. Igualmente en la venta hecha simplemente de una vaca, yegua, oveja &c., se entienden incluidas las crías que llevan en el vientre, y las que están mamando; pero no las que por sí solas ya se alimentan sin auxilio de sus madres, á menos que así se espresase. La silla, freno y otros adornos ó jaeces del caballo y mula se entenderán vendidos si al tiempo del ajuste y venta se manifestasen al comprador, y no de otra suerte. En orden á las demás cosas que se entienden comprendidas ó escluidas en las ventas, véanse las leyes 2, 29, 30 y 31, tít. 5, part. 5.

23. Debe venderse en pública subasta la cosa cuya propiedad es comun ó perteneciente á varios en los casos siguientes: 1.º Cuando no pueda venderse cómodamente y sin deteriorarse: 2.º Cuando hecha una particion de bienes entre dos ó mas interesados de comun acuerdo, los partícipes no quieren ó ne pueden recibir algunos bienes. Cada uno de dichos partícipes ó dueños tienen derecho para pedir al juez que haga dicha venta pública; y ésta deberá verificarse aunque ninguno de los interesados lo so-

(1) Leyes 15 y 16, del mismo tít. y part.

(2) Las mismas leyes 15 y 16.

licite, siempre que cualquiera de ellos fuere menor de edad.

24. Pasemos á tratar de los requisitos que debe tener el precio. Este debe darse por el comprador al vendedor en la moneda que se estipulare; y no habiendo pacto acerca de ello, en la general y corriente del pais donde se celebre el contrato. Debe designarse en cantidad fija, aunque no es preciso que se haga este señalamiento al otorgarse el contrato, ya se designe con respecto á la estimacion que haya de tener la cosa en un tiempo futuro, prefijado por los contratantes, ó bien se haga tal designacion refiriéndose á cosa cierta. Los contratantes podrán dejar al arbitrio de un tercero el señalamiento del precio; pero si éste rehúsase el encargo, ó muriere antes de fijar aquel, no habrá contrato (1). Si el tercero nombrado perjudicare con el señalamiento del precio á uno de los contratantes, podrá éste reclamar en juicio, á fin de que se arregle debidamente el precio segun el dictámen de peritos. Mas esta designacion no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

25. Si en la venta de una cosa inmueble, aunque sea en pública subasta, hubiere sido perjudicado uno de los contrayentes en mas de la mitad del justo precio, tiene derecho para pedir el suplemento de éste, y en su defecto la rescision del contrato, aunque por pacto haya renunciado esta facultad de reclamar. Pero téngase presente lo que ya hemos dicho en otro lugar, acerca de que no se admite reclamacion por lesion enorme en las obras que tomen á destajo los maestros de algun arte ú oficio; porque siendo peritos debieron conocer desde luego si se les seguiria perjuicio. Para

graduar si ha habido lesion en mas de la mitad del justo precio, deberá atenderse al verdadero valor que tenia la cosa el dia en que se celebró el contrato. En cuanto á la accion para reclamar por causa de lesion enorme, deberá intentarse dentro de los cuatro años siguientes al dia en que se celebró el contrato, pasados los cuales pierde el perjudicado su derecho. Dicho término corre contra las mugeres casadas, los ausentes y los menores, en las ventas hechas por un mayor de quien proceden, pues en las ejecutadas por ellos mismos ó por sus curadores, tienen el beneficio de restitucion. Corre tambien dicho término y no se suspende en virtud del pacto de retroventa de que se hablará mas adelante.

26. Si el perjudicado fuere el comprador, y justificare la lesion, puede pedir el exceso del precio que realmente tenia la cosa cuando se celebró la venta ó el que se rescinda ó anule el contrato, llevando cada uno lo que dió al otro. En este caso deberá devolver los frutos percibidos desde la presentacion de la demanda, que es la época en que cesa la buena fé y justo título, en virtud de cuyos requisitos hizo suyos los percibidos anteriormente. Si el vendedor fuere perjudicado, y el comprador prefiriese quedarse con la cosa, supliendo la falta del precio, deberá abonar al vendedor el interés de dicha parte suplida desde el dia en que se instauró la demanda de rescision. Mas si el contrario prefiriese volver la cosa y recibir el precio, deberá devolver los frutos percibidos desde el mismo dia de la demanda, y el vendedor en tal caso deberá abonarle el interés del precio desde la misma fecha, ó bien compensarse mutuamente. Iguales derechos corresponden al tercer poseedor de la cosa vendida, salvo el de repeticion que tiene contra su vendedor.

(1) Ley 9, tit. 5, part. 5.

27. Examinemos ahora cuáles sean las obligaciones del vendedor. Estas pueden reducirse á dos; á saber, la entrega de la cosa, y la eviccion y saneamiento de ella. Así pues perfeccionada la venta está obligado el vendedor á entregar al comprador la cosa vendida en el lugar ó sitio designado, y á falta de esta designacion en el punto donde aquella se hallare al tiempo de la celebracion del contrato. Los gastos de entrega son de cuenta del vendedor; y los de traslacion para que pase á poder del comprador deben ser de cargo de éste, á menos que hubieren pactado otra cosa. Si aquel no entregare la cosa al tiempo convenido ó al vencimiento del plazo, designado en el contrato de venta, podrá el comprador pedir ó la rescision del contrato ó que se le ponga en posesion de la cosa si la demora procede de negligencia ó culpa del vendedor, con indemnizacion de perjuicios; en cuyo caso si realmente hubiere perjuicio por dicha demora, debe ser condenado á la referida indemnizacion de daños é intereses. No obstante, el vendedor no tendrá obligacion de entregar la cosa si el comprador no da el precio en el acto de la entrega, siempre que el primero no le hubiere concedido algun plazo para pagar. Tampoco estará obligado á entregarla aun cuando haya concedido plazo, si antes de llegar dicho término quebrase el comprador, ó viniere tan á menos en su estado de fortuna, que hubiese un riesgo inminente de no poder satisfacer el precio, á menos que le diese fianza de pagar al vencimiento del plazo estipulado. Si el vendedor se hallare imposibilitado de entregar la misma cosa vendida por hecho suyo, tendrá el comprador la eleccion de pedir, ó bien otra de la misma especie y valor, ó la rescision del contrato. En la obligacion de entregar la cosa se

comprende todo lo accesorio á ella, y lo que está destinado para el uso perpétuo ó permanente de la misma.

28. Celebrada la venta por mayor de una porcion de granos ú otras especies, á tanto por fanega, arroba ú otro cualquier peso ó medida, si el vendedor espresare que habia tantas deberá entregar este número al comprador; pero si no lo hubiere designado habrá de contentarse éste con las arrobas ó fanegas que hubiere en la troje. Del mismo modo si hecha la venta de una finca con la indicacion de cabidad ó capacidad á razon de tanto la media, se hallare mayor cabida que la indicada por el vendedor, el comprador tendrá la eleccion ó de suplir la parte de precio correspondiente al resto, ó de desistirse del contrato si el exceso fuere de alguna entidad, como por ejemplo, de la vigésima parte de la capacidad espresada. Si resultare menos cabidad que la indicada en el contrato, el comprador podrá ó bien desistirse de él, ó exigir una rebaja proporcional en el precio de venta, si prefiriese quedarse con la finca. Y si fuesen dos las fincas vendidas en el mismo contrato, y por un solo precio, tambien con la espresion de la cabidad ó medida de cada una de aquellas, y resultase despues haber menos en una y mas en otra, tendrá lugar la compensacion; y si aun hubiere exceso, no habrá accion para pedir el suplemento ó la disminucion, á no ser que sea todavía notable la diferencia. En cualesquiera otros casos la espresion ó designacion de la medida no dá lugar tampoco á suplemento alguno ó disminucion de precio á favor del vendedor ó comprador, sino en cuanto la diferencia de la medida real y verdadera á la que se espresó en el contrato fuere de bastante consideracion en mas ó en menos, atendido el valor de los ob-

jetos vendidos, á no haber estipulacion en contrario.

29. Otra de las obligaciones que á veces tiene el vendedor es la de quedar responsable á la eviccion y saneamiento de lo que vende. Esta seguridad ó garantía tiene dos objetos: 1.º Asegurar al comprador la cosa vendida cuando se la disputen en juicio é indemnizarle si fuere vencido en éste, lo cual se llama eviccion. 2.º Resarcir al comprador por los gravámenes, vicios ó defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, que es lo que propiamente se entiende por saneamiento.

30. Demandado el comprador sobre la propiedad, posesion ó servidumbre de la cosa vendida, debe hacerlo saber al vendedor antes de la publicacion de probanzas por lo menos, y no ejecutándolo así perderá el derecho que tiene de repeticion contra el vendedor, en caso de ser vencido en el pleito. Mas si habiéndolo hecho en aquellos términos no saliese el vendedor á ampararlo y defender la propiedad de la cosa vendida, estará obligado á satisfacer al comprador el precio, los perjuicios que se le hayan seguido, y además si aquel se hubiere obligado al tiempo de la enagenacion á satisfacer á éste la pena del duplo si no lo defendia, deberá hacerlo así.

31. Aunque en la venta no se haya hecho estipulacion alguna acerca de eviccion, está obligado por derecho el vendedor á sanear al comprador la cosa vendida; y por consiguiente tiene éste derecho para repetir contra aquel si fuere vencido en juicio: 1.º La restitution del precio. 2.º La de los frutos cuando está obligado el comprador á entregárselos al dueño que le venció. 3.º Los gastos causados así por su demanda y demás cuestiones judiciales para obtener el saneamiento del vendedor, como los demás

que se le hayan originado en la instancia seguida con el verdadero dueño. 4.º El resarcimiento de daño é intereses, y los gastos y costas del contrato. No obstante, los contratantes pueden por convenio particular hacer todas las modificaciones que quieran en cuanto al referido derecho de garantía, hasta el punto de pactar que el vendedor no tenga responsabilidad alguna.

32. Resultando la responsabilidad al vendedor de un hecho personal, como por ejemplo, si hubiese dado la cosa á un tercero despues de vendida, siempre estará obligado al saneamiento, y lo que se estipule en contrario será nulo. Aun cuando los contratantes hayan estipulado que el vendedor no esté obligado á la eviccion, deberá devolver el precio al comprador, al menos que éste al tiempo de la venta conociese ya el peligro á que se esponia de ser demandado y vencido, ó que en la compra manifestase hacerla de su cuenta y riesgo.

33. En la venta de cosa ajena el dueño de ella puede demandar al comprador, y si emplazando éste al vendedor para que se presente á defenderlo lo hiciere así, deberá el dueño seguir el pleito con el primero, pero no acudiendo éste al emplazamiento, seguirá el juicio con el comprador, quien tendrá derecho para repetir luego contra aquel si fuere vencido en el juicio. Tambien quedará obligado al saneamiento cuando vende un conjunto de bienes, derechos ó cosas particulares, si el comprador fuere demandado y vencido por el todo ó parte, y deberá reintegrarle la parte ó todo que pierda. Esto tendrá lugar aunque al tiempo de la eviccion se halle la cosa deteriorada, ó se haya disminuido su valor accidentalmente, á menos que el comprador haya utilizado ó enriquecido con tal deterioro,

ó éste hubiere procedido con culpa suya. En tal caso podrá el vendedor retener la parte del precio equivalente al deterioro. Si al tiempo de la evicción se hubiere aumentado el valor de la cosa, estará obligado el vendedor á pagar el exceso que hubiere sobrado respecto al precio de la venta.

34. Si el comprador fuere vencido no por el todo de la cosa, sino por una parte, y ésta fuere de tanta cantidad que sin ella no hubiera hecho la compra, puede pedir la rescisión del contrato. No pidiendo la rescisión tendrá el vendedor la obligación de sanear ó reintegrar al comprador la parte que haya perdido, según la estimación que tenga al tiempo de la evicción, y no proporcionalmente al precio total de la venta, bien haya disminuido ó aumentado de valor la cosa vendida.

35. No tiene lugar el derecho de evicción en los casos siguientes: 1.º Si el comprador no hiciere saber al vendedor el pleito que le han movido sobre la cosa, antes de la publicación de probanzas. 2.º Si el comprador pusiere el pleito en manos de árbitros sin consentimiento del vendedor, y aquel fuese condenado, á no haberse expresado en la escritura ó documento privado de la venta, que el vendedor esté obligado al saneamiento, sea cualquiera el modo con que el comprador pierda la cosa. 3.º Si el comprador hubiere perdido por culpa suya la posesión de la cosa, ó la hubiere abandonado. 4.º Si el comprador no hubiere usado del derecho de prescripción, teniéndolo contra el que le demandó en juicio la cosa. 5.º Si habiéndose dado sentencia sin estar presente el vendedor, dejare el comprador de apelar en debido tiempo, pudiendo acreditar el vendedor que habia motivos su-

ficientes para apelar. 6.º Si vendiese uno alguna cosa en juego prohibido, y después la pidiese en juicio el comprador. 7.º Si el juez diere á sabiendas sentencia injusta contra el comprador; en cuyo caso dicho juez y no el vendedor es quien está obligado al saneamiento (1).

36. Hay también lugar al saneamiento cuando la cosa vendida estaba gravada con servidumbre, censos ó con cualquiera otras cargas que no se manifestaron al tiempo de la venta. En el primero de los casos indicados si el vendedor hubiese sabido la existencia de la servidumbre al tiempo de celebrarse la venta, sin manifestarlo al comprador, tendrá éste derecho á pedir la rescisión del contrato ó la devolución de la parte de precio equivalente al gravámen, á juicio de peritos, y además la indemnización de gastos, daños é intereses. Aun cuando el vendedor hubiese ignorado la existencia de la servidumbre al tiempo del contrato, si ésta fuere tan gravosa que dé lugar á presumir que á haberla sabido no hubiera contratado el comprador, tendrá éste derecho á pedir la rescisión del contrato, ó bien la devolución de la parte de precio equivalente al gravámen, á juicio de peritos, sin abono de perjuicios. En todo caso y aun cuando la servidumbre no sea de especie tan gravosa, siempre tendrá el comprador derecho á pedir la indemnización de la parte de precio equivalente al gravámen. Si éste fuese de algún censo, tendrá también derecho el comprador para obligar al vendedor, á que le redima, pudiendo retener el precio hasta que lo verifique.

37. El vendedor es también responsable de saneamiento por los defectos ó vicios ocultos que tenga la cosa vendida, y que no se manifestaron al otorgamiento.

(1) Ley 36, tit. 5, part. 5.

to del contrato, siendo éstos de tal calidad que inutilicen ó disminuyan el uso á que se destina aquella. En este caso puede el comprador entablar dentro de los seis meses siguientes al de la celebracion de la venta la accion *redhibitoria* para rescindir el contrato; y si durante dicho tiempo no la intentase, puede usar en los seis restantes de la *cuanti minoris ó estimatoria* para que se le devuelva el exceso que dió de mas por la cosa vendida en atencion al defecto, tacha ó vicio que le ocultó el vendedor, de suerte que se verifique en el preciso término de un año contado desde la fecha del contrato, no pudiendo intentarlas concluido este término (1). Es de advertir que estas acciones pueden intentarse tambien en las cosas permutadas, en las que se dan en pago, y así mismo en dote con estimacion que causa venta; lo cual se entiende sin perjuicio de las del engaño ó lesion en mas ó en menos de la mitad del justo precio; pues aunque en efecto vienen á ser lo mismo, las causas sin embargo son diversas, porque la del engaño ó lesion es por lo injusto del precio, y las acciones redhibitoria y estimatoria por el menor valor que tiene la cosa vendida á causa de la tacha, vicio ó defecto. No será responsable á dichos vicios ocultos el vendedor si los ignorase al tiempo de la venta, y la única obligacion que tendrá es suplir al comprador aquella parte del precio que hubiera tenido la cosa á no existir dicho defecto; y ni aun esto tendrá lugar si hubiese estipulado con el comprador no quedar obligado al saneamiento. Si nada hubiese estipulado tendrá el comprador la eleccion ó de devolver la cosa y exigir el precio equivalente

al defecto, á juicio de peritos. En el caso de que el comprador devuelva la cosa no estará obligado el vendedor sino á restituir el precio, y á abonar á aquel los gastos ocasionados por la venta. Pero si el vendedor conociese los vicios ó defectos de la cosa al tiempo de celebrarse el contrato, además de restituir el precio y los gastos ocasionados por la venta, será responsable de los daños é intereses, que tenga derecho á reclamar el comprador.

38. Si la cosa pereciere por causa de dichos vicios ocultos, será responsable el vendedor de este pérdida y habrá de restituir al comprador el precio y los gastos de la venta indemnizándole además si hubiere sabido dichos vicios al tiempo del contrato, de los daños é intereses, con arreglo á lo dicho en los números anteriores.

39. No será responsable el vendedor de los defectos ó vicios que tenga la cosa en los casos siguientes: 1.º Cuando hace sabedor de ellos al comprador (1), ó cuando son tan manifiestos que éste ha podido descubrirlos por sí mismo. 2.º Cuando la cosa vendida perezca por accidente ó infortunio, en cuyo caso la pérdida es de cuenta del comprador.

40. Habiendo tratado ya con bastante estension de las obligaciones del vendedor, réstanos hablar de las del comprador. La principal de ellas es pagar el precio al vendedor en el lugar ó punto que hubiesen estipulado, y á falta de convenio, en el que debió hacerse la entrega de la cosa vendida. Debe además satisfacer al vendedor el interés legal del precio, desde que recibe la cosa hasta la entrega de éste en los casos siguientes: 1.º Si hubieren pactado hacerlo así al tiempo de la celebracion

(1) Leyes 63, 64 y 65, tit. 5, part. 5.

(1) Ley 66, tit. 5, part. 5.

del contrato. 2.º Si la cosa vendida y entregada produjere frutos ú otras rentas. 3.º Si el vendedor le hubiere exigido la entrega del precio, y no la verificase. En este último caso el interés corre desde la intimacion hecha por el vendedor.

41. Temiendo el comprador con justo motivo que algun tercero pueda reclamar la cosa vendida, ya por reivindicacion, ya por accion hipotecaria, podrá suspender la entrega del precio hasta que el vendedor remueva la causa del temor ó dé caucion de asegurar al comprador; á menos que segun los términos del contrato, debiera entregarse desde luego ó mediar otro pacto en contrario.

42. No pagando el comprador en debido tiempo, puede el vendedor pedir, bien sea la rescision de la venta ó el cumplimiento del contrato con indemnizacion de daños é intereses. En el caso de pedir la rescision de la venta, si ésta fuere de bienes inmuebles, deberá el juez decretarla desde luego, si para aquel hubiere peligro de perder la cosa y el precio; pues si no hubiere tal riesgo, podrá conceder un término para pagar, mas ó menos largo segun las circuns-

tancias. Pasado éste sin haber pagado el comprador, decretará la rescision del contrato. Pero si el comprador pagare parte del precio, ó entregase alguna cosa á cuenta de él, no se rescindirá el contrato y el juez le obligará á entregar el resto con resarcimiento de daños é intereses.

43. Así mismo estará obligado el comprador á abonar al vendedor los gastos necesarios y útiles que éste haya hecho en la cosa vendida, en el tiempo que mediar desde la venta hasta la entrega del precio. Si el primero rehusare sin justa causa recibir la cosa vendida ó hubiere morosidad de su parte, tendrá el vendedor derecho para pedir ó la rescision de la venta ó la entrega del precio, poniendo á la disposicion del juez la cosa vendida para que mande depositarla de cuenta y riesgo del comprador.

44. En cuanto á las disposiciones particulares del contrato de compra y venta, en el caso de recaer sobre cosas que son objeto del tráfico mercantil, se atenderán los contrayentes á lo dispuesto en el código del comercio, ú ordenanzas de Bilbao, y de lo cual se tratará adelante.

CAPÍTULO II.

DE LOS PACTOS QUE SUELEN AÑADIRSE AL CONTRATO DE COMPRA Y VENTA.

1. ¿Qué sea pacto de retroventa? y modo como se ha de redactar la cláusula en que éste se contiene.
2. Para que se verifique la retroventa ha de restituir el vendedor el precio íntegro que recibió, y el comprador la cosa vendida en el mismo estado que pasó á su poder.
3. Término que se ha de prefijar para la restitution de la cosa vendida.
4. Los frutos pertenecen al comprador mientras tenga la cosa en su poder.
5. ¿Contra quién podrá intentarse la accion para pedir la retroventa?
6. ¿Cuál es el pacto comisorio?
7. Si se rescinde el contrato en virtud de este pacto ha de restituir el vendedor la cosa con los frutos que haya producido.
8. ¿A qué se reduce el pacto llamado *adition* ó señalamiento de día?

9. Presentándose un tercero que mejore la venta, deberá el vendedor hacerlo saber al comprador.
10. Requisitos que deben concurrir en este pacto para que sea válido.
11. ¿Cuál es el pacto llamado de bitorio?
12. ¿Será válido el pacto de no enagenar la cosa vendida?

1. Uno de los pactos que suelen añadirse al contrato de compra y venta es el de retroventa, el cual se celebra entre el comprador y el vendedor estipulando, que éste pueda recobrar la cosa vendida, entregando á aquel el precio dentro de cierto tiempo, en cuyo caso se anula la venta. Este pacto puede concebirse en los términos siguientes: "que vende á N. tal casa por tantos mil pesos, con la precisa condicion de que para el dia de tal mes y año ha de restituírsela á él ó á sus herederos, en la propia forma que se la vende sin el mas leve detrimento ni deterioro, entregándole el precio recibido, y de consiguiente bajo ningun pretesto la ha de poder enagenar hasta que pase el tiempo señalado, sopena de ser nula la venta como hecha contra este pacto, á cuya observancia la hipoteca especialmente, y no ha de pasar ningun derecho al comprador ni á otro cualquiera poseedor de cualquiera clase que sea; y para que se la restituya ha de requerirlo judicialmente, y darle todo su importe ó el que menos tenga, ó depositarlo por su cuenta y riesgo en caso de rehusar su percibo. Mas si en el citado tiempo no se la devolviese enteramente (pues no ha de cumplir con entregar parte de él) tendrá facultad el citado N. para disponer y usar de ella á su arbitrio como legítimo y verdadero dueño á favor de quien quisiere, sin necesidad de citacion de ninguna especie, ni de practicar otra diligencia judicial ni estrajudicial; y para justificar el mas ó menos valor que tuviere, se comprometen á ele-

gir unánimes dos peritos que la valúen." Constituido el pacto en estos términos es lícito el contrato.

2. De lo dicho se deduce que para que se verifique la retroventa, y por consiguiente la rescision del contrato, ha de restituir el vendedor el precio íntegro que recibió, y el comprador la cosa vendida en el mismo estado en que pasó á su poder, y sin mas gravámen que los que entonces tenia. Y aunque el comprador puede disfrutar de la cosa vendida, no tendrá facultad de venderla ni enagenarla de otro modo hasta que haya pasado el término; y si lo hubiere hecho, podrá el vendedor reivindicarla de cualquier poseedor, y reclamar contra el comprador los gastos que por esta causa se le originen. Si el comprador no pudiese devolver la cosa en el mismo estado que la recibió sino con algun gravámen, sea de hipoteca ú otro, deberá indemnizar al vendedor de los perjuicios que le resulten por esta causa.

3. En cuanto al término que se ha de prefijar para la restitution de la cosa vendida con dicho pacto, están discordes los autores. Segun la ley 63 de Toro parece ha de ser el de veinte años, pues manda que la accion personal prescriba por este tiempo; pero la ley 42, tit. 5, p. 5 nada habla sobre el término y arreglo á ella, si no se fija, jamás prescribirá; de suerte que siempre que el vendedor ó sus herederos quieran recobrar la cosa vendida, podrán hacerlo, y el comprador ó los suyos ser compelidos á entregársela.

Mas si como se observare el precepto de esta ley, nadie querria comprar por la falta de seguridad, pues en cualquier tiempo se le podria quitár la cosa vendida, será muy conveniente que el escribano aconseje á los contrayentes que figen término, el cual no podrá exceder de los veinte años.

4. Los frutos que produjere la cosa vendida con pacto de retroventa, son del comprador mientras la tenga en su poder. Mas el vendedor no estará ebligado á pagar interés alguno á aquel por el precio recibido cuando se rescinda la venta, aunque sí deberá abonarle los gastos necesarios ó útiles que haya hecho en la cosa y los ocasionados en el contrato. No podrá tampoco el vendedor entrar en posesion de la cosa vendida con dicho pacto, hasta que haya satisfecho el precio íntegro de aquella, y las demás obligaciones que se han expresado en los números anteriores.

5. Si varios hubieren vendido juntamente ó por un solo contrato una cosa comun perteneciente á todos ellos con pacto de retroventa, no puede cada uno usar del derecho de éste sino en la parte que le corresponda. En este caso tendrá derecho el comprador á pedir que se cite á todos los interesados á fin de que se pongan de acuerdo si quisieren rescatar la cosa comun; pero no conviniéndose éstos, la retroventa se verificará solo en la parte expresada anteriormente. Si el comprador hubiere dejado á varios herederos la accion de retroventa, no podrá ejercerse contra cada uno de ellos sino en razon de su parte, ya esté proindiviso la cosa vendida, ya se haya hecho particion de ella entre los mismos; pero si hechia la division de la herencia hubiere cabido en suerte la cosa vendida á uno de los herederos, la accion de retroventa podrá in-

tentarse contra él en su totalidad. Esta accion solo puede intentarse contra el comprador ó su heredero, y no contra un tercero.

6. Tambien puede pactarse que no pagando el comprador el precio íntegro para cierto dia, tenga derecho el vendedor para pedir ó la rescision del contrato ó su cumplimiento, y este pacto se llama *comisorio*. Para evitar dudas y disputas debe este pacto ordenarse en la forma siguiente: "Cuya casa ó heredad le vende por tantos mil pesos con la condicion de que para tal dia, de tal mes y año, se los ha de satisfacer enteramente en moneda usual y corriente de plata ú oro, y pasado dicho término sin hacerse su total solucion, queda por el mismo hecho anulada esta venta, y ha de ser visto no habérsele trasferido el dominio de dicha cosa ni haberse celebrado este contrato; sin que pueda (el vendedor) ser compelido á restituir ni aun en parte *tanto* que le entrega en señal, y si así lo intentare no ha de ser oido en tribunal alguno, sino mas bien repelido y condenado en costas."

7. Si el vendedor eligiere la rescision del contrato ha de restituírsele la cosa con los frutos que haya producido, y el aumento que haya tenido por accion natural; y el comprador podrá en cambio exigir del vendedor el importe de los gastos necesarios y útiles que haya hecho en la cosa. Mas éste no tendrá derecho á exigir los frutos que la cosa hubiere producido, si retuviese ó no entregase al comprador la parte de precio ó señal que éste hubiere dado anticipadamente para seguridad del contrato. Si mientras éste poseyó la alhaja hubiere sufrido algun deterioro, está obligado á reintegrar al vendedor su desmejora (1).

(1) Ley 38, tit. 5, p. 5.

8. Puede pactarse igualmente en el contrato de venta que si encontrase el vendedor quien mejore el precio dentro de cierto plazo, ó porque ofrezca mas, ó porque lo pague antes, ó por otra causa útil al vendedor, haya lugar á la rescision si el comprador no se prestare á hacer igual mejora; este pacto se llama de *adicion ó señalamiento de dia*. La cláusula de este pacto se estiende del siguiente modo: "Que vende á N. tal casa sita en tal parte por tantos mil pesos que le entrega con este pacto, ó con la condicion de que si dentro de tres años [*por ejemplo*] que cumplirán en tantos de tal mes de tal año, pareciese otro comprador que le dé á él ó á su heredero mas por ella, ha de tenerse por nula y rescindida esta venta, conservando en un todo su derecho para apoderarse de la citada casa, venderla al que mas le diere, y compeler al actual comprador ó á su heredero, ó al que la posea, á que se la restituya en la propia forma que ahora está, entregándoles el precio que acaba de recibir y el de las mejoras útiles que tenga, no el de las precisas para su conservacion, ni otra causa alguna, ó depositándolo judicialmente si no la quieren por el tanto; y teniendo deterioro se ha de rebajar su importe, estando y pasando en uno y en otro caso por la valuacion que hagan peritos elegidos unánimemente. Y para que no se transfiera su dominio á un tercer poseedor, prohibe gravarla y enagenarla durante el tiempo prefijado; pero si pasare dicho término sin haberle hecho saber la oferta de nuevo comprador, ha de tener facultad el actual de disponer de ella á su arbitrio como verdadero dueño, sin necesitar licencia del otorgante, ni otro requisito judicial."

9. Presentándose un tercero que mejore la venta, deberá el vendedor hacerlo

saber al comprador, y si éste se allanare á mejorar en iguales términos, no se rescindirá el contrato; pero de lo contrario rescindida la primera venta, procederá el vendedor á celebrarla con el otro. Anulada la primera venta está obligado el comprador á devolver al vendedor la cosa con las mejoras y acciones que haya tenido, abonando éste á aquel el importe de los gastos útiles que haya hecho en ella. Tambien tiene el vendedor derecho para exigir los frutos que haya producido la cosa en poder del comprador; pero en tal caso ha de abonar á éste los intereses del precio que hubiere recibido. Renunciando á los frutos no deberá hacerse abono de intereses.

10. Además, se requiere para la validez de este pacto: 1.º Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado: 2.º Que el mayor precio ofrecido sea por la cosa considerada segun se vendió, sin mejoras ni aumentos; porque si el nuevo comprador es fingido, como hijo, hermano ú otro semejante, que por su consejo ofrece dolosamente mas precio que el segundo ofreció: ó aun cuando no haya simulacion en el comprador, y aunque en efecto ofreciese mas, si lo hace por algun aumento, agregacion ó beneficio que tiene la cosa; no se rescindirá el contrato. Y una vez que el vendedor elija al comprador segundo, no puede compeler despues al primero á que pase por la venta (1).

11. Tambien se puede pactar en el contrato de compra y venta que el comprador recibiendo la cosa vendida retenga el precio, y se obligue á pagarlo en cierto tiempo, satisfaciendo entretanto al vendedor intereses proporcionados á los frutos que percibe de la cosa vendida. Este pacto se llama *debetorio* y está en práctica en algunas partes.

(1) Ley 40, tit. 5, p. 5.

12. En cuanto á si el pacto de no enagenar puesto en los contratos de venta, donacion y otros, en testamento ó en otra última voluntad será ó no válido, deberá tenerse presente que para impedir la traslacion de dominio, ya sea por testamento ó contrato, es necesario que el vendedor ó donante no se haya desprendido de la cosa objeto del contrato, entregándola al comprador ó donatario. La razon es, porque como con la entrega el vendedor ó donante deja ya de ser dueño, no puede imponer condicion ni gravámen de ninguna especie á una cosa que ya no es suya desde el momento que salió de su poder. Sin embargo, este pacto se cumplirá y tendrá efecto en los casos siguientes: 1.º Cuando al tiempo de la venta ó donacion dice el vendedor ó donante: "que vende y entrega la cosa al comprador ó donatario con la espresa condicion de que no la enagene, y de que si procediese á su enagenacion sea nula, para lo cual se reserva desde ahora, y antes que ésta se perfeccione, el dominio ó posesion, debiéndose entender que el comprador ó donatario se constituye precario poseedor de la cosa;" en este caso es nula la enagenacion; bien que esta prohibicion tiene lugar solamente durante la vida de aquel á quien se puso, y del que se obligó á no enagenar, y no despues: 2.º Cuando el que prohibe la enagenacion reserva para sí algun derecho en la cosa, y el comprador ó donante se obliga á cumplir dicho pacto: 3.º Cuando al tiempo de la venta y donacion, y no despues, se pactó con palabras directas, y de un modo claro, explicito y terminante, que en el caso de proceder el comprador ó donante á la enagenacion de la cosa se tenga por nula la venta.

CAPÍTULO III.

DE LA VENTA DE DERECHOS INCORPÓREOS Y DE LAS CLÁUSULAS QUE SUELEN PONERSE EN LAS ESCRITURAS DE VENTA.

1. Los derechos incorpóreos pueden ser tambien objeto del contrato de compra y venta.
2. Verificada la entrega del título para traspasar un derecho ó accion contra un tercero debe notificarse á este dicho traspaso, á fin de que el comprador ó cesionario pueda usar contra él de su derecho.
3. El que vende un crédito ó derecho, no por eso se hace responsable de la solvencia del deudor.
4. El que traspasa ó vende un derecho hereditario no tiene otra responsabilidad que la de asegurar su calidad de heredero.
5. Cuando la cesion ó traspaso es de un derecho litijioso ¿á qué podrá obligarse el cesionario? hasta el fin del capítulo. Cláusulas que debe contener la escritura de venta.

- | | |
|---|--|
| <p>1. Los derechos incorpóreos, como créditos, servidumbres &c., pueden ser tambien objeto del contrato de compra y venta, por ser bienes que están en nuestro patrimonio, y en el comercio de los hombres,</p> | <p>2. Verificada la entrega del título para traspasar cualquiera á otro un crédito, derecho ó accion contra un tercero, debe notificarse á éste dicho traspaso ó venta, á fin de que el comprador ó cesionario pueda usar contra él de su derecho,</p> |
|---|--|

Aun cuando no se verifique dicha notificación quedará también obligado el deudor respecto del cesionario ó comprador, si aceptase en escritura ó documento auténtico, la traslación hecha por el cedente. Pero si antes de notificarse al deudor la traslación del derecho ó deuda pagase éste al cedente ó vendedor, quedará libre de toda acción.

3. El que vende un crédito ó derecho, aunque debe asegurar ó sanear la existencia de éste, no por eso se hace responsable de la solvencia del deudor, á menos que se obligue á ello, y en tal caso no se estenderá su responsabilidad á mas que al importe del precio recibido por la traslación del crédito. Cuando el cedente ó vendedor del derecho, se hace responsable de la solvencia del deudor, debe entenderse del estado actual y no del futuro, á menos que haya estipulación expresa en contrario.

4. El que traspasa ó vende un derecho hereditario ó una herencia en general, sin especificar por menor los bienes comprendidos en ella, no tiene otra responsabilidad que la de asegurar su calidad de heredero; pero si hubiere percibido algunos frutos, cobrado algun crédito, ó recibido algunos efectos de dicha herencia, deberá reintegrar su importe al comprador, si no se hubiese estipulado lo contrario al tiempo de la venta. Por su parte el comprador ó cesionario debe satisfacer al vendedor ó cedente lo que éste haya desembolsado en razon de deudas ó cargas de la herencia, y abonarle todo aquello á que sea acreedor si tampoco hubiere estipulación en contrario.

5. Cuando la cesión ó traspaso es de un derecho litigioso, la persona contra quien se ha de ejercer este derecho, puede obligar al cesionario á que se le dé por quitó y absuelto, reembolsándole el

precio justo de la cesión ó traspaso, los gastos que haya hecho, y los intereses vencidos desde el día en que dicho cesionario pagó el precio de la cesión. Pero esto no tendrá lugar cuando se haya hecho la cesión á un coheredero ó condueño del derecho cedido; á un acreedor en pago de lo que se le debe; ó al poseedor de una herencia sujeta al derecho litigioso. Y se reputará un asunto litigioso para el indicado efecto, cuando sobre él ha habido ya demanda y contestación; siendo también de advertir que en la venta ó cesión de un crédito se comprende todo lo accesorio á éste, como la caución ó hipoteca.

6. Siendo la escritura de venta llana de bienes, debe contener las cláusulas siguientes: 1.ª Que se diga quién vende, á quien, la naturaleza y condición del vendedor, qué cosa se vende si es mueble ó raíz, si es libre ó tiene gravámen, y en qué sitio ó parage está; si es tierra, qué cabida comprende, cuántas caballerías ó varas tiene; si es viña ú olivar, cuantos cepes ú olivos existen, y cuántos puede contener; si es casa, de qué clase de fábrica está hecha, cuál es su fachada y fondo, y de cuántos pies cuadrados ó superficiales se compone su area ó plano; debiendo especificarse también el sitio, términos, linderos, servidumbres y gravámenes que tenga; y si es cosa que se cuenta, mide ó pesa, su especie, número, peso ó medida. Si se venden mercaderías, se han de especificar por menor los géneros, piezas, libras, arrobas, y precio respectivo, de modo que se entienda qué es lo que se vende, y cuál es su precio convenido; debiendo poner gran cuidado el escribano; porque de lo contrario, aunque no se anule el instrumento, se presume fraude, y el juez le puede imponer alguna pena arbitraria por no cum-

plir con lo que manda la ley, á mas de satisfacer el perjuicio que se haya ocasionado á alguno de los contrayentes (1).

7 La segunda cláusula es, que el vendédor declare que no tiene vendida ni enagenada la tal cosa, ni parte de su uso ni propiedad (2); porque si se verifica lo contrario, incurrirá por el estelionato en la pena de volver al segundo comprador el precio con todos los daños y perjuicios, si el primero tomó posesion de ella, y se le pagó antes (3); como así mismo que se espresé el precio total en que la vende, plazo que se fija para su pago, si la da al fiado, y con qué pactos y condiciones. Si el comprador entrega el precio al tiempo de la celebracion de la venta, dará fé de ello el escribano, y especificará las monedas en que lo satisface; y si no lo paga entonces por tenerlo ya recibido el vendedor, lo confesará éste así, y otorgará carta de pago á favor de aquel con las cláusulas y renunciaciones que espresa la ley 9, tít. 1, part. 5; pero si nada satisface entonces, ó solamente parte, se constituirá en obligacion de pagar el todo ó el resto cuando se estipule, hipotecando á su responsabilidad la misma cosa, y pactando espresamente que interin no se les satisfaga íntegro, no se le ha de trasferir su dominio. También podrá estipularse que en el caso de vender la cosa, sea preferido el vendedor pagando su importe, pues como hemos dicho en su lugar, al contrato de compra y venta pueden añadir los contrayentes cualquier pacto que no sea de los prohibidos por el derecho.

8. La tercera cláusula es que el vendédor declare que el precio en que se

efectúa la venta es el justo y verdadero valor de la cosa, y que por lo mismo no hay lesion ni engaño; y en caso de que valga mas, á fin de que no le quede accion para repetir el exceso, haga de él al comprador donacion perfecta é irrevocable, y renuncia, como puede hacerlo, de la ley 2.ª, título 1.º, lib. 10, Nueva Recopilacion, que dice: „Si el vendédor ó comprador de la cosa dijere que fué engañado en mas de la mitad del justo precio, así como si el vendedor dijere que lo que valió diez vendió por menos de cinco maravedís, ó el comprador dijere que lo que valió diez dió por ello quince, mandamos que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que tenia la cosa al tiempo que fué comprada ó de la dejar al vendedor, tornándole el precio que recibió, y el vendedor debe, tornar al comprador lo demás del derecho, precio que le debe, ó de tornar la cosa que vendió, y tornar el precio que recibió, y esto mismo debe ser guardado en las ventas y en los cambios, y en los otros contratos semejables; y que haya lugar esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneada, del dia en que fueron fechos hasta en cuatro años y no despues.” Si el vendedor saliere perjudicado y no renunciare esta ley, podrá pedir la rescision del contrato, ó el suplemento de su justo valor, dentro de los cuatro años que fija la misma ley. Lo propio ha de practicar el comprador á favor del vendedor por la misma razon, confesando no valer menos la cosa, y en caso de tener menos valor hacer donacion del que sea al vendedor, bien que por falta de este requisito no se anulará el contrato.

9. La cuarta cláusula es, que el vendédor se desprenda de todo derecho que tenga en la cosa que vende, cediéndolo

(1) Ley 2, tit. 12, lib. 10, N. R.

(2) Ley 56, tit. 18, p. 3.

(3) Ley 30, tit. 5, p. 5.

con cuantas acciones le competen al comprador, sus herederos y sucesores.

10. La quinta cláusula es la de *constituto* que consiste en dar el vendedor al comprador poder irrevocable, con libre, franca y general administracion para que tome judicial ó estrajudicialmente la posesion de la cosa vendida, y en el interin que la toma constituirse el mismo vendedor en su inquilino y precario tenedor, ó poseedor de ella en legal forma: "que quiere decir que poseerá y gozará de la cosa, no como dueño, sino durante la voluntad del comprador en virtud de súplica que le hace para que se lo permita, pues *precario* es lo que á ruego de alguno se le concede á otro, para usarlo por tanto tiempo cuanto quiera el concedente; y por lo mismo que es concesion puramente voluntaria, puede revocarla éste cuando le parezca, siendo nulo el pacto en contrario; por lo cual el comprador adquiere la posesion de la cosa, no conservando ningun derecho á ella el vendedor (1).

11. La sesta cláusula que acostumbra ponerse en estas escrituras, es que el vendedor se obliga á la eviccion y saneamiento en los términos que espusimos anteriormente. La cláusula de eviccion suele estenderse en estos términos: „que si alguno moviere pleito ó pusiere impedimento al comprador ó al que le represente acerca de la propiedad, ó posesion de la finca, ó apareciesen sobre ellas mas cargas que las mencionadas, lo defenderán el vendedor, sus herederos y sucesores, siendo requeridos conforme á derecho, siguiendo el litigio á sus espensas hasta dejar al comprador y á los suyos en quietud y pacífica posesion de ella." A continuacion se pone la de saneamiento en

estos términos: „Y no pudiendo conseguir lo referido darán al comprador otra finca igual en todo su valor, y en su defecto le devolverán su importe y todas las costas, gastos y perjuicios que con motivo del pleito ó del gravámen aparecido se originen; de modo que quede enteramente saneado y reintegrado." Estas cláusulas se ponen únicamente para mayor garantía y seguridad del comprador; pues aun cuando no se hiciese mérito de ellas, es indudable que el vendedor quedaria con la obligacion de estar á las resultas. Mas ya que se usan, pudiera muy bien simplificarse diciendo tan solo que el vendedor se obliga por sí y por sus herederos á la eviccion y saneamiento.

12. Acostúmbrase por último insertar la cláusula llamada *guatentigia*, que consiste en dar los otorgantes poder á los jueces y tribunales, para que los compelan al cumplimiento de la escritura como sentencia definitiva y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta es una de aquellas cláusulas rutinarias que á mas de no producir efecto alguno, es en cierto modo ofensiva al decoro de la autoridad judicial, porque es bien seguro que ni los jueces ni los tribunales necesitan de semejante autorizacion, para compeler y obligar á los contrayentes al cumplimiento de sus contratos y obligaciones.

13. Además, debe tener presente el escribano, que es indispensable que haga en la escritura la advertencia de que se ha de tomar razon en el oficio de hipotecas del pueblo cabeza del partido, dentro del preciso término de seis dias si el otorgamiento se hiciese en él, y dentro de treinta si fuese en otro del mismo partido, de suerte que no cumpliendo con el registro y toma de razon, no hacen fé dichos instrumentos en juicio ni fuera de

(1) Leyes 46, tit. 28; y 8, 9, 10 y 11, tit. 30, p. 2.

el para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento cuyo registro se haya omitido. Los jueces ó ministros que contravengan á esta disposicion, incurrirán en las penas de privacion de oficio y de daños con el cuatro tanto que previene la ley 2, tít. 16, lib. 10 de la Nov. Recopilacion.

14. Para la indicada toma de razon deberá exhibirse la primera copia que diere el escribano, que es lo que se llama original; á menos que por pérdida ó extravío de algun documento antiguo se hubiere sacado otra copia con la competente autorizacion, pues entonces se tomará razon de ella, espresándolo así en el indicado documento.

15. En cuanto á la venta de fincas ubicadas en el Distrito federal, se acostumbra que los escribanos ante quienes se otorgue escrituras de enagenacion de éstas por causa de venta, cesion ú otra alguna, antes de entregar la primera copia á la parte ó partes que las han mandado estender, libran un oficio ó comunicacion á la aduana y oficina de contribuciones, á fin de que en la primera se satisfaga la alcabala y en la segunda se examine si la finca es deudora de contribuciones atrasadas y se verifique el pago: el interesado sacará un certificado de una y otra oficina, el que entregará al escribano para que protocolizándolo tome razon de él en las copias y quede espedido para entregarlas á las partes.

CAPITULO IV.

DE LA ALCABALA, LUISMO Y DERECHO DE AMORTIZACION (1).

1. Alcabala. Qué sea, origen y materia de ella.
2. Personas y objetos que no deben pagarla.
3. Se debe de la venta voluntaria y forzada, dacion en pago y rifas: no en las particiones ni adjudicaciones hereditarias, ni en la simple promesa de vender.
4. Nace de la perfeccion del contrato por lo que falta en los nulos *ipso jure*, y no en los que se rescinden, excepto por restitution *in integrum*.
5. No se causa en los contratos revocados *in-continenti*; pero sí, aunque simple, en los revocados *ex-intervalo*.
6. No en la venta rescindida en el caso de pacto de la ley comisoria.
7. Es simple cuando se verifica el del de la adicion á dia: en el de venta hecha á carta de gracia, á no ser que esta cláusula sea añadida despues de concluido el negocio.
8. Y en el de retractos de abolengos.
9. Doble en la permuta.
10. Del mismo derecho en los censos, tanto en su imposicion como en su venta y redencion.
11. En el depósito irregular y arrendamiento.
12. En la trasmision de fincas censuadas solo se cobra de la parte libre de las hipotecadas por todo su valor.
13. Del luismo.
- 14 hasta el 19. Derecho del quince por ciento que pagan las manos muertas en sus adquisiciones.

1. Alcabala es un tributo que á proporcion del precio de las cosas que se venden, permutan ó transfieren por otros

(1) Nov. Rec. lib. 10, tit. 12, desde la ley 11.

negocios, se satiface al fisco. Ella se paga por la venta de las cosas muebles una sola vez (1), y es varia la cantidad segun lo que en diversas circunstancias han dictado al legislador consideraciones de conveniencia pública; mas para evitar el fraude que es tan fácil, está establecido que se cobre en el lugar de su consumo (2). Las cosas raices la causan en cada una de sus transmisiones (3), y el tanto señalado es el de cinco por ciento (4).

2. Los clérigos de órdenes mayores ó de menores, con beneficio eclesiástico, estuvieron exentos de este derecho en sus bienes patrimoniales, heredados ó adquiridos: lo estuvieron las iglesias, conventos y monasterios en cuanto á los frutos naturales é industriales de sus haciendas, diezmos, primicias, ovenciones, limosnas ú otros emolumentos (5); pero en cuanto á los primeros se creyó que por bando de 9 de Octubre de 1821, en que se declaró que habian cesado todos los privilegios de personas, estaban privados de dicha exencion; y así se practica. En cuanto á las iglesias y demás cuerpos eclesiásticos, este privilegio despues del 4 de Diciembre de 1780, solamente comprende á los bienes de su pri-

mera fundacion. Aquellas de los efecto decimales pagan la mitad (1). Ni antes ni ahora han disfrutado de exencion ninguna las corporaciones ó personas eclesiásticas en cuanto á los bienes que truecan ó venden por mercadería ó negociacion. Acerca de los religiosos de ambos sexos que viven de la caridad, está mandado no se les cobre de sus limosnas donde tienen sus conventos (2). Tampoco habrá de cobrarse de la venta de bienes destinada al cumplimiento de obras pias (3), ni de la de que no reportan mas que capitales píos; ni cuando el precio queda con el mismo objeto. Si hubiere sobrante, se pagará por todo en lo que éste alcance (4).

3. No solo se causa la alcabala en la venta voluntaria sino en la forzada (5), la permuta (6), la dacion en pago; pues siéndolo de alguna cosa que no es dinero, es una permuta, y si lo fuese de valor, es una venta y en las rifas en que la cosa se da en mas de veinticinco pesos (7). En las particiones de herencia ó de cosa comun en que se venden bienes porque no son fisicamente divisibles, con tal que así sea, y que los bienes recaigan en un heredero ó parcionero, no se paga alcabala (8), ni en la adjudicacion de par-

(1) Real ord. de 20 de Mayo de 1791, derog. de la Real céd. de 1.º de Nov. de 1571.

(2) V. el acuerdo de 25 de Setiembre de 1792, cit. en la Real instruccion de alcabalas.

(3) Real céd. de 10 de Noviembre cit. subsistente en esta parte. En esta materia la instruccion de alcabalas del Lic. D. José Mariano Arce y Echeagaray, confirmada en Real ord. de 24 de Julio de 1793, art. 6, 7 y 8, aunque con notables variaciones es la que rige. La adoptó el estado de México durante el régimen federal, y está autorizada posteriormente, habiéndose insertado en la Memoria de Hacienda de 1835. con fecha de 28 de Febrero de dicho año. Publicóse últimamente en la ley de 11 de Julio de 1843.

(4) Ley últ. cit. arts. 4 y 5, V. el 6.

(5) Ley 3, tit. 3, lib. 1. R., 1.º tit. 9, lib. 1, Nov.; 6, tit. 18, lib. 9, R.; 9, tit. 9, lib. 1, Nov.; 17, tit. 13, lib. 8, R. de Ind., y 1, 2, tit. 4, lib. 1, R.; 7 tit., 10 lib., Nov.

(1) Dec. de 11 de Julio de 1843, art. 30.

(2) Art. 31.

(3) Real céd. de 24 de Diciembre de 1722, Rl. ord. de 19 de Mayo de 1785, compiladas por Bel. tercer folio, pag. 84, n. 46, y ac. de la junta sup. de hac. de 22 de Abril de 1801, aprob. por Rl. ord. de 24 de Mayo de 1802.

(4) Instruc. de 28 de Febrero de 1835, art. 35 de la de 11 de Julio.

(5) Instruc. c. art. 44.

(6) Leyes 11, tit. 12, lib. 10, Nov., de 22 de Mayo de 1837, art. 3, y 16 de Marzo de 43.

(7) Ley de 11 de Julio de 1843, art. 43.

(8) Acuerdo de la junta sup. de hac. de 6 de Mayo de 1805. Rl. céd. de 5 de Setiembre de 1785, dec. de 23 de Marzo de 1781, y Reales órds. de 3 de Diciembre de 1781. Compil. por Bel. tercer fol. pag. 87, n. 53 y 54 y tit. 2, pag. 17, n. 6; cuya autoridad es perteneciente á la instruccion de la materia (art. 43) que por mas

te hereditaria á heredero forzoso, que no es venta sino en el exceso (1). Tampoco en la simple promesa de vender por escritura ni en la transaccion (2).

4. Pero en las ventas no exceptuadas se debe desde luego que el contrato se perfecciona, y por esto no la producen los contratos nulos *ipso jure*, y sí las que se rescinden por dolo, lesion enorme ó miedo, pues que el negocio subsistió y fué eficaz antes de la rescision, y la causa de ésta es el fraude de uno de los contrayentes que no es justo prive al fisco de un derecho adquirido (3). Sin embargo, la rescision solo tiene por objeto el distracto y no el contrato, y ella no causará este derecho. Como la restitution *in integrum* vuelve el negocio á su primer estado en el que no habia venta, no la producirá la que así fué rescindida.

5. Revocada incontinenti por los mismos contrayentes, es decir, antes de que se hayan ocupado de negocios distintos, no puede decirse que existió, ni que produjo este derecho; pero al contrario cuando hubo intervalo para la revocacion, que aunque no sea una segunda venta, y por lo que á ella toca no produzca ningun derecho, no puede privar al fisco del adquirido por la venta revocada que habia sido perfecta (4). Por esto la alcabala será sencilla. Lo mismo aun cuando ya se hubiese entregado la cosa ó el precio en la venta pura; pero si habian sido entregadas precio ó mercancía, ó la mercancía

únicamente, en la venta al fiado, este negocio, que ya se consumó, no se podrá deshacer sino por una segunda venta, y la alcabala será doble (1).

6. Es dudoso este derecho, cuando vendida una cosa con pacto de la ley comisoría, llegó el plazo sin que se hiciera el pago. Algunos (2) huyen el cuerpo á la dificultad, distinguiendo el pacto que se hizo con palabras directas del que se hizo con palabras oblicuas. Si, pues, las palabras fueron que llegado el plazo sin hacerse el pago, el contrato seria nulo, no se debe alcabala, segun ellos; y si se dijo que se rescindiese, la alcabala será simple. Dudamos que ninguno al contraer distinga ápices tan imperceptibles, conocidos acaso únicamente por los profesores. Mas el que vendió con dicho pacto, en nuestro concepto, no transmitió su dominio sino bajo esta tácita, aunque bien entendida condicion, que se le satisficiera el precio, hizo una venta condicional, y es sabido que las de esta clase, faltando la condicion, se entienden como si no hubiesen existido. Luego llegado el caso de este pacto, la alcabala no se debe (3).

7. Una es la que causa la venta con el de adiccion á dia, pagadera por el comprador que mejoró el precio; y si no lo hubo, por el que compró con esta restriccion. En la hecha á carta de gracia, si el pacto de retroventa fué añadido incontinenti, y el vendedor usa de su derecho, no sucede mas que verificarse una condicion por la que se pactó que la venta se tuviese por no hecha, y como las ventas condicionales no tienen valor faltan-

que esté confirmada por la autoridad, no pasa, segun su mismo nombre lo indica, de una esplicacion del derecho vigente, al que no puede derogar sin una especial mencion, y dec. de 11 de Julio de 43, art. 35.

(1) Ley de 22 de Mayo de 1837, art. 3, y de 11 de Julio, art. c.

(2) Instruc. cit. arts. 31 y 47, y de 11 de Julio, art. 7.

(3) Art. 118.

(4) Art. 122, ley 1 y 2, tit. 17, lib. 9, R. 11, tit. 12, lib. 10, Nov.

[1] Mol. de just. et. j. trat. 2, disp. 373, arg. de la ley 58 de pact.

[2] Gut. cuest. pract. lib. 7, cuest. 10. Mol. cit. disputac. 378, v. *Dubuen Matzo*. ley 7, tit. 11, lib. 5, R. gl. 3, n. 21.

[3] Ant. Gom. var. resol. cap. 2, n. 31, funda deberse.

do la condicion, creemos que no hay contrato ni alcabala. Los frutos no son efecto suyo, sino de la posesion de buena fé. Mas segun la comun opinion, el contrato tuvo efecto en cuanto á los frutos de que hizo dueño al comprador, y la alcabala será una (1). No se duplicará, á pesar de que se vuelvan á cambiar cosa y precio, porque esto no es efecto de un nuevo negocio, sino del mismo y solo contrato de venta con este pacto. Agregado este intervalo, hay una venta pura y otra condicional; todas las que producirán en su caso este derecho (2).

8. El que retrae por derecho de abo-
lengo ó de comunion, se subroga por beneficio de la ley, por un pacto que debe presumirse agregado al contrato, en el lugar del comprador, y no causa mas alcabala.

9. Hemos dicho que la permuta causa una doble venta: que el dinero no es mas que un signo del valor y una seguridad para conseguir despues una cosa que le tenga: y por tanto deberá ser doble la alcabala (3).

10. Débese alcabala de la venta á censo enfiteútico, y tambien de la imposicion á censo consignativo, pagadera por el dueño al tiempo del contrato (4): débese de la venta á censo reservativo redimible, pagadera por todo el precio de la cosa al tiempo mismo por ambos contrayentes y por mitad (5). El que despues se redima nace de la convencion misma, como dijimos acerca del pacto de

retroventa, no hay negocio nuevo y no se causa alcabala (1). Por la razon opuesta se cobra en la redencion del censo perpétuo (2). La venta de un censo tambien lo es de cosa raiz y causa este derecho. La razon contraria obra cuando en lugar de dinero se redime con alguna finca; á menos que sea parte de la censuada, pues como ya se ha visto, el censo gravita sobre toda ella, y al entregar parte suya, no es sino consecuencia de este contrato (3).

11. Ni en la imposicion á depósito irregular, ni en el arrendamiento hay traslacion de dominio, á no ser que en razon de las condiciones degeneren en compra: como si v. gr. fuere perpétuo el arrendamiento ó transmisible por mas de diez años, ó de cualquiera manera celebrado para paliar una venta (4).

12. Al venderse una finca censuada, solo se cobra de la parte libre; mas de las hipotecadas para la seguridad de una suma recibida á depósito irregular, se satisface por todo su valor (5).

13. El luismo que el comprador del fundo enfiteútico satisface al señor directo, sigue en todo las reglas de la alcabala.

14. El quince por ciento sucede á la alcabala en los bienes que adquieren las manos muertas, como un pequeño resarcimiento de este derecho que pierde el fisco, saliendo estos bienes de la circulacion. La paga el adquirente. Entendemos bajo el nombre de mano muerta todo poseedor en quien se perpetúa el dominio de lo adquirido, en razon de su incapacidad de vender ó enagenar. Tales son las co-

[1] Gut. allí, núms. 12 y 13. Mol. allí disp. 374. Gom. allí.

[2] Gut. y Mol. cit.

[3] Ley 11, tit. 12, lib. 10, Nov., ref. por la de 22 de Mayo de 1837, art. 3, pero restit. en 16 de Marzo de 843.

[4] R. de 21 de Agosto de 1777, pub. en 13 de Enero de 1779, y ley de 11 de Julio de 1843 art. 5.

[5] Rl. resol. de 8 de Abril de 1793. Ley 21, tit. 12, lib. 10, N. R.; y l. c. de 43, arts. 5 y 7.

[1] Rl. céd. cit. y art. 7, c.

[2] Instruc. cit., art. 93, y l. ult. cit. art. 5.

[3] Losate de Decad. Vend. cap. 10, n. 13. Instruc. cit., art. 24.

[4] Rl. céd. cit. de 21 de Agosto de 1777.

[5] Dec. de 7 de Octubre de 1821 y arts. 3, 4, 53 y 58 de la Instr. cit.

munidades (1), y antiguamente fueron los mayorazgos (2). A este derecho está sujeta la compra en enfiteúsis y la dación con este censo, pues ella amortiza (3) las compras judiciales y extrajudiciales con pacto de retrovendiendo hechas en favor de esta clase de poseedores, mas no las ventas que ellos hacen porque tampoco ellas amortizan, las permutas de bienes (4), toda pension impuesta á censo ó depósito irregular sobre determinados bienes de legos, y bienes en que se fundan capellanías eclesiásticas, perpétuas ó amovibles á la voluntad (5).

15. Se exceptúan las dotes de monjas,

(1) R. C. de 24 de Agosto de 1795, ley 18, tit. 5, lib. 1, N. R.

(2) Acerca de estos se declaró en Real cédula también de 24 de Agosto de 1795, que al hacerse la vinculación pagasen el mismo derecho.

(3) Acuerdos de la junta sup. de Rl. dados en 23 de Agosto de 1803, 8 de Febrero de 804 y 26 de Abril de 805, publicados en bando en 25 de Abril de 1806.

(4) Sobre los que al amortizarse no hubieren pagado este derecho, su justicia es inconcusa; mas sobre las que no le han satisfecho, la junta sup. de Rl. hacda., en vista de los términos expresos en la Rl. céd. de 2 de Noviembre de 1696, mandó se continuasen haciendo el cobro y se retuviese su importe en clase de depósito, tal vez porque ya permute la mano muerta con otra, ya en alguna que no lo sea, en realidad no hay valor amortizado; pues en el primer caso, ambas cosas permutadas habian ya salido de la circulacion; y en el segundo, por una cosa que entra bajo la mano muerta, sale otra de valor equivalente que lo estaba. Tal vez la resolución hubiera sido que solo se cobrase el quince por ciento del excozo, si la cosa adquirida era mas valiosa que la entregada. Arts. 4 y 5 del bando referido; pero por acuerdo de 8 de Mayo de 1807, se previno que siempre se cobrase este derecho de los bienes que recibe en permuta y no de los que da la mano muerta.

(5) Rl. céd. c. La ley habla de capellanías laicas; mas á consulta del intendente de Jaen, la cámara resolvió en 16 de Marzo de 1796, que por ahora no se exija el 15 por ciento de las fundaciones de patrimonios temporales ó eclesiásticos. En esta exacción está prevenido por el art. 7 del acuerdo it. que solo subsista este cobro en las primeras imposiciones; mas no si los capitales se trasladasen á otros bienes de mano muerta; y los bienes, al amortizarse, ya hayan satisfecho este impuesto.

Tom. I.

pues destinándose á sus alimentos están en el caso en que todos los bienes eclesiásticos destinados á congrua de los clérigos ó á las primeras fundaciones. Mas en el caso de que se inviertan en adquirir bienes á otros derechos raíces, en este caso pagarán dicho impuesto (1).

16. Igualmente se han exceptuado los capitales impuestos por los cuerpos eclesiásticos sobre las rentas públicas (2), y todo bien raíz ó derecho real amortizado para la primera fundacion de algun seminario conciliar, casa de enseñanza, hospicio &c. (3). Las escuelas de primeras letras están libres de este impuesto, si se fundan sobre ventas públicas ó si ellas son administradas bajo la inspeccion y órdenes de la autoridad secular (4).

17. La ley (5) que creó este impuesto declaró que cuando la adquisicion de manos muertas no fuese de bien raíz, sino de pension en dinero ó frutos, se tuviesen como capital á proporcion del que se hubiese de pagar el referido derecho, el de ciento por tres de pension. En el acuerdo de la junta de real hacienda (6) que sirve de esplicacion á la ley de la materia, se ha dispuesto que el quince por ciento se calcule con respecto á la pension; cualquiera que sea el capital por lo que ya sea de cuatro mil mas ó menos pesos, si el rédito fuere de ciento, no deberá satisfacerse sino quince; á re-

(1) Acuerdo cit. art. 9, y otro de 8 de Marzo de 1807, art. 2 corregido por Rl. órd. de 26 de Julio de 1807, dada á consulta del R. Ob. de Puebla.

(2) R. C. cit.

(3) Dicha Rl. céd. habia mandado que de ello se cobrase este derecho en clase de bienes de manos muertas; pero en el acuerdo cit. art. 12 se mandó suspender este cobro, sujetas siempre estas fundaciones á las resultas de cualquiera posterior resolución.

(4) Así se declaró, por el virey en 25 de Setiembre de 1810.

(5) R. C. cit. en el § 14.

(6) Public. en bando de 25 de Abril de 1806 declar. 6.ª

serva de cualquier posterior resolucio- 18. Las asignaciones de limosnas ó en el particular. Si por donacion ú otro pensiones graciosas en favor de alguna título adquirió no solo la pension, sino muerta, son revocables, no incluyendo el capital mismo con facultad libre de derecho ninguno real, y por tanto no disponer de él, el quince por ciento se causan esta contribucion (1). pagará en razon del capital (1).

CAPÍTULO V.

DE LOS OFICIOS DE HIPOTECAS.

1. Creacion de los oficios de hipotecas.
2. Escrituras que deben registrarse en ellos.
3. Término en que debe verificarse el registro.
4. Para la toma de razon se ha de presentar la escritura original.
5. Dónde debe hacerse el registro.
6. Todo lo demás relativo á esta materia remisivamente.

1. Los oficios de anotadores de hipotecas se crearon por la ley 3, tít. 15, lib. 5, R. ó 1, tít. 16, lib. 10, N. para remediar los muchos pleitos que resultaban de que los dueños de casas ó heredades las vendiesen ó constituyesen censos sobre ellas, ocultando al comprador ó impondores los gravámenes á que estaban afectas. Esta ley se mandó observar por el auto 21, tít. 9, lib. 3, R. ó ley 2, tít. 16, lib. 10, N., añadiéndose que dichos oficios estuviesen en las casas capitulares á cargo de los ayuntamientos, cuyo escribano debia registrar los instrumentos, y de tal modo que el que para su despacho nombraren hubiese de ser de su cuenta y riesgo, no debiendo admitirlo sin el mas riguroso exámen, y sin las fianzas convenientes quedando responsables á los daños que causaren. En cédula de 16 de Abril de 1783 (2) se mandaron establecer dichos oficios en todas las cabeceras de partido de América, con arreglo á las leyes citadas y á la pragmática de 31 de Enero de 1768 (2), encargándose á las audiencias designasen el modo de llevarla á efecto, atendidas las circunstancias locales. Las córtes españolas en órden de 20 de Mayo de 1821, determinaron que en cada pueblo, cabeza de partido, hubiese oficios de hipotecas, los que deberian estar á cargo de los secretarios del ayuntamiento, siempre que fuesen escribanos públicos, y que no siéndolo, nombrase el ayuntamiento otro sugeto que tuviese dicha calidad, bajo las prevenciones contenidas en la citada pragmática.

2. En los oficios de hipotecas de cada partido deberán anotarse cuantas escrituras se otorgaren con hipotecas expresas y especiales, sin excepcion de ningunas, como son las de censos perpétuos ó al quitar, redenciones de ellos, vínculos, mayorazgos, patronatos, fianzas en que se hipotecaren especialmente algunos bienes, cartas de pago de éstas,

(1) Declar. 10.

(2) *La trase Belesña Autos acord.* tom. 2, pág. 306.

(1) Declar. 11.

(2) Ley 3, tít. 16, lib. 10, N.

desempeños y empeños, obligaciones, trasposos de bienes raíces de censos ó juros y de otras cualesquiera hipotecas que procedan de ventas, cartas de dote, donaciones ó posesiones por herencia ó sentencia, y generalmente todos los instrumentos que contengan especial y expresa hipoteca ó gravámen (1); siendo en ellos la toma de razon y registro una cláusula tan general y precisa, que por su defecto se viciará la sustanciacion del acto, en cuanto á la persecucion de las hipotecas, que de lo contrario no se entenderán constituidas (2), ni podrán en consecuencia perseguirse (3), pues sin tal requisito el instrumento no obliga á cosa alguna á ningun tercer poseedor (4). Lo cual debe observarse aun en las hipotecas y donaciones que se hagan á favor de las causas piadosas ó del fisco. Pero cuando no hubiere escrituras no tiene lugar el registro, porque las citadas leyes hablan de escrituras, y no de acciones (5).

3. La toma de razon de los referidos instrumentos se ha de verificar en el preciso término de seis dias (6), si se hubieren otorgado en la misma ciudad, villa ó pueblo donde reside el anotador. Y si fuera de ella, se conceden á mas de los seis dias que previene la ley, lo que

se necesiten para concurrir á la cabecera, regulándose á razon de cuatro leguas por dia (1). Esto se entiende en las escrituras otorgadas con la posterioridad á la fecha de las cédulas mencionadas; pues en las anteriores bastará que se registren antes de presentarse en juicio para el efecto de perseguir las hipotecas ó fincas gravadas; aunque siempre las preferirán las que estén registradas anteriormente aunque sean posteriores en fecha (2). Los anotadores deberán tomar razon de los instrumentos que se les presenten dentro de veinticuatro horas, para evitar molestias y dilaciones á los interesados; y dentro de tres dias si el instrumento fuere antiguo ó anterior á la publicacion de dichas cédulas (3).

4. El instrumento que se ha de exhibir en el oficio de hipoteca, ha de ser la primera copia que diere el escribano ó juez receptor ante quien se haya otorgado, que es la que se llama original, excepto cuando por pérdida ó extravío de algun instrumento antiguo se hubiere sacado otra copia con autoridad de juez competente, que en tal caso, espresándolo así, se tomará de ella la razon (4). Todos los escribanos y justicias ante quienes como jueces receptores se otorgan escrituras, en que haya hipoteca especial de bienes raíces ó tenidos por tales, deberán hacer en los instrumentos la advertencia de que se ha de tomar razon de ellas en el oficio de hipotecas dentro de los términos espresados (5). Si acaeciere, como puede suceder, que se pierdan los protocolos, registros y ori-

(1) Céd. de 9 de Mayo de 1778, inserta en Beleña lug. cit. art. 1 al fin de la ley 3, tit. 16 lib. 10 N.

(2) Artículos fin de la cit. ley, y 23 de la Instruccion formada sobre este punto por el fiscal y aprobada por la audiencia de México, publicada en 8 de Noviembre de 1784 y recopilada por Beleña en el lug. cit.

(3) Art. 21 de la cit. Intruc.

(4) Cit. ley 3, tit. 15, lib. 5, R., ó 1, tit. 16, lib. 10 N.

(5) Céd. 10 de Marzo de 1778 comunicada á Indias en 9 de Mayo del mismo, segun refiere el *Teatro de la Legislac.* tom. 21, pág. 298 inserta en la N. tit. 16, lib. 10, 1 al 4.

(6) Cit. ley 3, tit. 15, lib. 5, R. ó 1 tit. 16, lib. 10 N.

(1) Art. 16 de la Instruc. cit. en la reforma que hizo en la audiencia.

(2) Art. 21, id.

(3) Art. 7 id.

(4) Art. 8, id. y 3 de la ley 3, tit. 16, lib. 10 N.

(5) Artículos 16 y 10 id. id.

ginales, se tendrá por original cualquier copia auténtica que de dichos registros se sacase (1).

5. El registro y toma de razon de las escrituras deben hacerse no en las capitales donde se hallen los cuerpos, comunidades y acreedores respectivos, como algunos solicitan, sino en el oficio de hipotecas del partido á donde estén situadas las mismas fincas gravadas, porque lo contrario producirá gravísima confusión y perjuicios excesivos (2).

(1) Aut. 21. tít. 9, lib. 3, R. 6 ley 2, tít. 16 lib. 10 N.

(2) Ley 4, id. id. art. 5.

6. Basta lo dicho para dar una idea de los oficios de hipotecas, y obligacion de registrar las escrituras que las contengan especiales. Los que deseen saber los libros que debe haber en ellos, derechos que pueden cobrarse por los registros, penas en que incurren los tribunales, jueces y ministros que contravinieren á lo espuesto, y otras cosas relativas á esta materia, pueden ocurrir á los *Autos* de Beleña, tom. 2, pág. 306.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre el título de compra y venta.

NATURALEZA DE LA COMPRA.

Entre todos los contratos los que tienen por objeto adquirir la propiedad son acaso los mas útiles y mas dignos de ser protegidos por la ley. Es un principio repetido que nadie está dispuesto á mejorar sus cosas si no tiene seguridad de poder enagenarlas plenamente; ni nadie por lo ordinario trata de gastar mucho en finca que no es suya, y que la beneficiaria, si lo fuese en realidad. Por consiguiente, todo estorbo á la libre enagenacion y adquisicion de una cosa en propiedad, es impedir la creacion de las riquezas y los goces. Pero si un contrato cualquiera es útil á los dos contrayentes en el hecho de celebrarlo, lo es mucho mas el de compra y venta; porque en él se manifiesta bien claramente que al comprador le trae mas cuenta tener la cosa y al vendedor el precio, pues que ella no le sirve, á lo menos no le produce la utilidad que éste.

¿Qué juzgaremos pues de esta multi-

tud de leyes españolas que prohíben, restringen ó estorban la libre y plena enagenacion de la propiedad? ¿Qué de esas absurdas tasas de los géneros vendibles? ¿Qué de esas alcabalas y gabelas que se exigen por cada contrato de adquisicion de la propiedad? No me propongo á la verdad hacer una critica amarga y sistemática de nuestras leyes económicas, pero cualquiera que la examine con imparcialidad y juicio, hallará sin duda en ellas errores sobre errores, y una necesidad urgente de reformarlas. En cuanto á mi pertenece, uno es mi principio en esta materia, el de la mayor libertad posible, libertad que no se restrinja no solo directamente, sino tampoco por medios indirectos, á lo menos mientras ella no ofenda á otros intereses superiores de la sociedad. Los efectos benéficos de esta máxima se han hecho conocer en otros paises industrioses, y seguramente que nuestro pais no se hallaria en el estado presente de abati-

miento, si los hubiera imitado en esta parte.

Empezando pues á recorrer nuestro derecho la ley aplica al comprador, desde luego y aun antes de la entrega, los frutos y deterioros de la cosa comprada ácaecidos en poder del vendedor. Hablando antes en general acerca de la materia de responsabilidades que conveniria imponer al que posee una cosa agena, he manifestado mi opinion, y por consiguiente pareceria escusado repetir aquí aquellos razonamientos. Sin embargo, como se aclara ahora desde que momento se hace el comprador dueño de la cosa sobre la que se ha convenido, no será fuera de propósito examinar si esta parte de la disposicion está ó no bien establecida, ó lo que es lo mismo qué ventajas ó perjuicios resultan de ella.

Por una parte yendo conformes con las otras disposiciones del derecho, no se puede menos de considerar al comprador como dueño de la cosa desde luego que el contrato se perfecciona y antes de la entrega de la cosa vendida, porque es claro que desde luego tiene derecho de pedirla. Por otra vemos tambien que el comprador no puede reputarse por propietario pleno, mientras no solo no tenga la facultad de pedir y aun hacer contratos acerca de una cosa, sino tambien la de gozarla y disponer de ella, que es el caso presente.

Yo creo pues, que declarar al comprador por dueño de la cosa antes de entregársela, con todos los efectos resultantes del dominio, es esponer á que el vendedor tenga poco cuidado de ella. Digo poco cuidado, porque aunque sea cierto que la ley le imponga la responsabilidad de su deterioro en casos de morosidad ó negligencia, no se evitarán éstas, pues que las mas de las veces le será fácil

justificarse perfectamente. Además la ley debe ser en este punto mas bien estrecha que demasiado indulgente; porque ¿no es una cosa cierta que el comprador siente mayor pena en la pérdida ó deterioro de la cosa en manos del vendedor, pues que por lo menos dudará de la buena fé, diligencia y buen proceder de éste, que el vendedor que la ha visto sufrir en sus manos y que no tiene á quien hechar la culpa ó descuido? Por lo mismo arriesgaria aquí mi opinion, aunque con desconfianza de que sea bien recibida; diciendo que tal vez seria mas justo repartir la pérdida entre ambos que no el echarla sobre uno solo. Pero aun para esto deberia exigirse que de parte del vendedor no haya morosidad ni otra culpa, que yo no sé como dejará de haberla. ¿Pues porqué no hizo la entrega desde el momento? Si es porque el comprador no le dió todavía el precio, ni aun así será justo favorecerlo, porque él no se esponia á perderlo, pues el vendedor es responsable de la cantidad hasta la entrega, y parece que deben equiparse ambos en el peligro. Y si es porque se conviene hacer la entrega á plazo y éste no ha llegado todavía, tampoco hay porque beneficiarlo; con perjuicio del comprador que rigurosamente hablando no es verdadero dueño, esto es, en el ejercicio de todos los derechos de tal, pues que ni puede pedirla hasta que venza aquel ni por consiguiente gozarla. De todos modos ya está dicho que cuando el vendedor comete alguna culpa en el deterioro, él debe indudablemente sobrellevarlo. Pufendorf quiere decidir la cuestion bajo este aspecto, diciendo en consecuencia, que siempre que se señale dia para la entrega, el daño ocurrido antes de él pertenezca al comprador, ya que no hay morosidad en el

vendedor; pero que sobrevenido despues de aquel incumbe á éste, ya que debe suponersele morosidad. Este modo de proceder es todavía mas destituido de razon. Es claro que aunque antes de la espiracion del plazo no hay morosidad en el vendedor, puede haber en él otras causas de culpabilidad que le hagan digno de sobre llevar el deterioro. Por otra parte no es tampoco exacta la suposicion de que todo vendedor sea moroso cada vez que deje realizar la entrega pasado el término prefijado; pues esto puede consistir en el mismo comprador, ya tambien en alguna imposibilidad efectiva de aquel.

Decir que un contrato no está perfecto, es lo mismo que manifestar que los que han intervenido en él no están obligados entre sí para nada, ó lo que es igual que no hay tal contrato. Sin embargo, yo estoy muy lejos de creer que la intencion de nuestras partidas, tomada de la doctrina romana, fuese tal al establecer que la compra de las cosas fungibles no es perfecta hasta gustarlas, medirlas ó pesarlas respectivamente. En efecto ¿no declaran ellas, y justamente, que cualquiera convencion pura obliga desde el momento de su celebracion? ¿No es por lo mismo cierto que el vendedor de todas cosas puede ser obligado á cumplir el contrato desde que se convenga en el precio y demás circunstancias, aun antes de haberlas gustado, medido ó pesado? Pero sea de ello lo que quiera: debe observarse que la ley de Partida no dice precisamente esto sino, tan solo que el deterioro ó pérdida de tales cosas vendibles pertenece al vendedor y no al comprador. Sin embargo ¿no es cierto que á estar perfecto el contrato habia de ser de éste y no de aquel segun la doctrina antes explicada? Parece pues que el principio de pertenecer al vendedor el

daño de las cosas fungibles no se funda en la doctrina asentada atrás, de que el deudor de ellas siempre es responsable de su deterioro hasta su entrega, porque así lo seria aun despues que se verifica el acto de gustar, medir ó pesar, sino en el de no considerarse perfecto el contrato respecto de ellas hasta hacer estas operaciones. De esta manera quedará salvado aquel principio.

En fin, la ley dice que la gustacion, medicion ó peso de estas cosas fungibles, se entienden hechos y aprobada su calidad cuando habiéndose señalado dia fijo para ello, no acude el comprador; lo cual está puesto en razon. En efecto parece que éste, cuando habiendo convenido en las otras circunstancias del contrato, no acude á verificar estas operaciones, es un hombre moroso; y como por esta disposicion se trata de determinar quien ha de sobrellevar la pérdida de las cosas que son objeto de la venta, en virtud de su perfeccion, se hace justo hacerla recaer sobre él. Sin embargo, me ocurren aquí dos dificultades de alguna consideracion. La primera es que parece que no debe confundirse la gustacion con la medicion y peso; porque aquella es acaso la circunstancia principal para la conformidad del comprador, y el decir yo te compro cien botellas de vino de Málaga, pero antes he de probar su calidad, es lo mismo que decir lo compraré si me agrada; de modo que hasta que manifieste su contento no hay obligacion ni contrato. Mas no es así respecto de los actos de medir y pesar; pues aun sin éstos todo está convenido y perfecto, y por ellos no se hace mas que recibir, circunstancia á la verdad que nada añade á la obligacion. Por lo mismo es claro que estas dos operaciones de medir y pesar, deben quitarse de en-

tre los requisitos de la venta de géneros consumibles.

La segunda dificultad consiste en que segun la estension en que está concebida la ley, todo daño que tenga el vendedor de cosa fungible recaerá sobre el comprador, sin que se sepa si la que lo sufre es la misma de que se ha convenido. Por ejemplo, yo vendo á Juan veinte fanegas de trigo de cien que tengo en el granero, y no habiendo acudido aquel á tiempo á medirlas, sucede casualmente un incendio y se me queman cuarenta: ¿será justo que aquel sufra la pérdida de las que me compró? No me parece así; porque, como es claro, se le impone indirectamente la responsabilidad de las cien. Y si no véase: si yo hubiese vendido á Juan y Pedro á cada uno veinte fanegas, podría pretender hacer pagar á ambos la pérdida, diciéndoles que ésta ha resultado despues de su morosidad, y que cada uno de ellos está obligado á sobrellevarla. Sin embargo parece que no solo no debo tener accion á esto, sino que ni tampoco al importe de cosa alguna mas de lo que le corresponde distribuida la pérdida proporcionalmente; es decir, que él deberá tener la baja de una cuarta parte respecto de mí, puesto que estabamos interesados así en todo el monton del trigo.

Nuestras leyes exigen para la venta, como requisito esencial, la intervencion de precio consistente en dinero, de modo que si en lugar de éste se da otra cosa cualquiera, será permuta y no venta. No obstante, esta diferencia no deja de ser absurda en mi concepto; porque á lo que parece que debe mirarse en las transacciones comerciales, es á los valores que se cambian y no á los mismos cuerpos de las mercaderías, y si el dinero tiene su valor intrínseco, las demás cosas tampoco dejan de tenerlo. En efecto ¿es acaso

el dinero otra cosa que una mercadería cualquiera? Yo no lo veo. ¿Por ventura él es estimado por otra razon que por su valor? ¿Este se funda en otra causa que en la utilidad? Ciertamente no. Pues bien, las demás cosas tienen así mismo su utilidad y por consiguiente su valor: luego ¿porqué hacer distinciones de numerario y no numerario? Así la venta no es mas que un cambio de valores; porque si yo compro una fanega de trigo con treinta reales, el vendedor me lo da porque para él, éstos son de utilidad y por consiguiente de mas valor que el trigo; pero si en lugar de dinero quiere recibir una arroba de vino sucede lo propio, porque calcula que éste le es de mas utilidad y en consecuencia de mas valor que aquel. Esto á mi ver es muy sencillo: sin embargo, la ignorancia de la economía pública ha confundido aun esta materia, considerando que el dinero es el signo ó medida comun de los valores de las cosas. ¿Qué estrañas pues son las disputas tenidas en la antigüedad entre Sabino y Casio por una parte, Próculo y Nerva por la otra, acerca de si puede haber ó no contrato de venta interviniendo otra cosa que dinero? Los primeros lo afirmaban fundados en el argumento de que aun antes de la acuñacion de la moneda se celebraba el contrato de venta, argumento á la verdad que lo justificaban con el dicho de Homero en la Iliada, de que los griegos compraron vino traído de Lenmos con cobre, fierro, cueros ó pedazos de bueyes, &c. á saber:

*Advecta é Lenmo tunc vina fuere cariu. . .
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi,
Aere micante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvenis,
Pars quoque mancipiis.*

Esta opinion fué apoyada por otros con muchos pasages del mismo poeta y otros

autores; pero prevaleció en Justiniano el dictámen contrario, y despues el de éste entre nosotros. ¿Mas para qué tales cuestiones? Es de creer que ellas se destierren de nuestra universidad y hagan ocupar á los jóvenes juristas en averiguaciones mas útiles. Por esta razon dejaré de hacer una esplicacion separada del trato de la permuta, por considerarlo comprendido en este lugar.

Segun la ley, el vendedor de cosa agena debe devolver al comprador el precio recibido, y además pagarle los perjuicios que le hayan sobrevenido con este motivo. Sin duda que el que vende una cosa agena sabiendo que lo es, sin que por otro lado tenga poder ó facultad de hacerlo, es un verdadero ladron digno de ser castigado por las leyes penales. Mas es preciso examinar aquí otra cuestion mas difícil y delicada. ¿Será conveniente rescindir el contrato y por consiguiente quitar la cosa al que la ha comprado de buena fé, creyendo que el vendedor era el propietario, ó á lo menos autorizado para celebrar la venta?

Por una parte es claro que obrando así se disminuye la seguridad del comprador; porque se haya espuesto á que, cuando mas persuadido esté de que la cosa adquirida es suya, se la quiten por razon de que no era el vendedor su dueño. De esta inseguridad pues resultarán la falta de mejoramientos en ella, la disminucion de los mismos contratos y otros inconvenientes que son bien patentes. Para lo contrario seria preciso que cada comprador empezase á averiguar cómo adquirió el vendedor, cómo el otro que le enagenó á éste y así sucesivamente; operacion complicada y nada conforme con la actividad conveniente al comercio. Mas por otra parte se vé que sancionar un contrato hecho con este fraude seria

sancionar un hecho criminal; dar lugar á quitar á uno su cosa por el capricho ó maldad de otro, causándole de esta manera perjuicios inmensos; y poner así una inseguridad completa en las propiedades.

Reflexionando pues todo, me parece que estos últimos inconvenientes son de mas peso que los anteriores en la balanza filosófica. Así se evitarán inteligencias y confabulaciones entre el vendedor y comprador; y quitándoles con la nulidad del contrato toda esperanza de gozar el fruto de su maldad, será muy raro el caso en que tenga lugar semejante venta fraudulenta, y en que por consiguiente se causen los daños primeramente indicados. De esta manera se conseguirá á lo menos un gran bien, la seguridad de las propiedades, seguridad que es la primera condicion de la vida civil. ¿Con qué derecho se me quitaria un caballo que aprecio muchísimo, por mas que se me dé su importe á pretexto de que otro lo ha vendido, y de que no es menester perjudicar al comprador? Todas las razones están en mi proteccion; así nuestra ley que lo establece es justísima.

En nuestras leyes tambien se trata de determinar la obligacion del vendedor cuando en la venta de un todo, espresando que contiene tal cantidad como contenida en aquel, resulta al tiempo de medir ó pesar mayor ó menor de la que se señaló al celebrar el contrato. Se decida en mi entender bien, que en el primer caso el vendedor esté obligado á dar el mayor número, ó que el comprador se contente con el menor que aparezca; y que en el segundo el vendedor deba dar la cantidad determinada, salga mas ó menos. En efecto, en el primero el fin de los contrayentes es comprar y vender respectivamente aquel todo en globo, y la expresion de su contenido debe suponerse

como aproximativa y nada mas; pero en el segundo es al reves, pues se proponen comprar y vender el número determinado, y el decir que aquel todo lo contiene no es mas que un cálculo del vendedor aprobado por el comprador. Pondré un ejemplo para ilustrarlo. Yo tengo de venta un saco de trigo, y digo á vd. vendo á vd. éste, que contiene cuatro fanegas, por cien reales: es claro que ambos hacemos girar el contrato, no precisamente sobre las cuatro fanegas, sino sobre el saco de trigo, que consideramos contendrá poco mas ó menos dicho número. Por lo mismo, salga mas ó menos al tiempo de su medicion, todo deberá incluirse en la venta y por el precio estipulado. Pero la venta se hace diciendo, vendo á vd. cuatro fanegas, que contiene este saco, á treinta reales cada una: parece que nuestro objeto es comprar y vender respectivamente las cuatro fanegas, y el decir que el saco las contiene es un concepto y nada mas; por lo que justo es que la obligacion ni se estienda á mas ni se limite á menos de lo espresado. De todos modos en caso de duda mas vale favorecer al comprador que al vendedor; porque es de creer que éste sabrá mejor que aquel la cantidad, número ó cabida de lo que trate de vender, y la diferencia que resulte de su manifestacion arguye malicia.

El comprador que habiendo recibido la cosa que se le ha vendido, no paga por su parte á debido tiempo el precio convenido, se utiliza sin duda de éste, y privando de él al vendedor le puede causar perjuicios considerables. Por lo mismo nuestra ley que manda que en tal caso pague aquel el interés legal, me parece justísima; pues al paso que castiga al comprador moroso, obligándole así indirectamente á cumplir el contrato, trata de in-

demnizar al vendedor perjudicado. He aquí pues uno de los casos en que el interés fijado por la ley puede y debe tener lugar. Segun tengo dicho antes, parece que esta determinacion debe hacerse al uso corriente ó mas general del comercio, ó aun tal vez á una tasa algo mas baja; porque el comprador, supuesto que sabe que puede ser obligado al pago del precio, no es creible lo tenga ocupado en empleos tan arriesgados que le produzcan mas que lo regular. Así, enhorabuena que se le quite lo que se juzgue que ha podido haber ganado él, pero no mas. De todos modos parece que esta tasa debería variarse segun que se altere el curso de la sociedad.

PACTOS RESOLUTIVOS.

Entre los pactos resolutivos de las ventas se pone en primer lugar el caso de mejorarlas. A la verdad es imposible que la ley pueda prever todos los caprichos de los hombres, y arreglar al principio que se propone la diversidad de pactos y convenciones que pueden hacer entre sí en las ventas: sin embargo, bueno es establecer reglas sobre los que en ellas son mas frecuentes. Hablando de esto, como de todos los contratos en general, uno debe ser el principio del legislador, la libertad de los cotratantes, y no intervenir entre ellos sino cuando estipulan cosas opuestas á la utilidad pública, ó para arreglar las partes de cuya falta de decision legal resultase incertidumbre, desorden, litigios ú otros males graves. Así pues el pacto de que, si el vendedor hallare dentro de tanto tiempo quien mejore la venta, sea ésta resuelta, no ofrece ningun inconveniente público, y debe ser sancionado. El es directamente útil para el vendedor; pero nada tiene de perjudicial en sí para el comprador, que convie-

ne en él libremente. Es como cualquier otra condicion favorable al vendedor con la cual se conforma el comprador, porque desea adquirir la cosa, y aquel no la enagenaria sino es de esta manera; pero por lo mismo es regular que éste haya sacado alguna rebaja en el precio ó anchura en el término del pago.

A pesar de esto, no me parece bien el derecho que se da al vendedor de pedir los frutos que ha producido la cosa, pagando él por su parte los intereses legales del precio que hubiere recibido, ó bien de no exigir aquellos ni por consiguiendo pagar éstos. Es indudable que siempre tomará el partido que mas cuenta le traiga, y por lo mismo el que mas perjudique al comprador, pues que es correlativo: es decir, que hay una desigualdad de derechos entre el comprador y vendedor. Se dice que las leyes no deben tener efecto retroactivo, y esta máxima saludable no se puede menos de aprobar; por lo mismo ella debe tener lugar aun respecto de las convenciones; mas yo veo que quitar á uno los frutos, que ha percibido en virtud de una compra, por la manifestacion que despues haga el vendedor, es causar semejante resultado. ¿Y quién sabe los perjuicios que pueden sobrevenir al comprador de esta medida? ¿Esta contingencia de ser despojado de los frutos que llegue á producir con su sudor ó industria, no será un motivo poderoso para dejar de celebrar el contrato? ¿No sentiria el comprador muchas veces una pena considerable por esta privacion? Por estas consideraciones pienso que sin dar al vendedor este derecho de pedir los frutos, á no ser que se estipule así terminantemente en el contrato, solo deberia hacerse la devolucion de la mera cosa recibida. Si lo percibido de ésta por el comprador es dinero, ya entonces las circuns-

tancias varian, y no encuentro inconveniente para que se admita la disposicion: en tal caso se cambiará dinero por dinero, y no se engañará la esperanza de gozar los frutos. Esto se concibe v. gr. cuando lo vendido es una casa y arrendándola el comprador toma cien pesos por este contrato: como el dinero no admite precio de afeccion respecto de otro dinero, no habrá aquí el espresado sentimiento. Pero en fin, lo que creo que mas interesa en esto es no permitir que se estienda demasiado el término en que el vendedor pueda usar de la rescision del contrato, reduciéndolo en consecuencia á lo mas breve posible y compatible con los intereses de él. Es indudable que esta suspension tiene en incertidumbre los derechos del comprador, estado en verdad que la ley debe hacer desaparecer cuanto antes.

El segundo pacto de que se habla es el que el derecho romano llamaba de la ley comisoria, pacto que pudiera reputarse como una condicion bajo la que se otorga la venta. La perfeccion de éste depende del cumplimiento del comprador en el pago del precio, y es lo mismo que si el vendedor le dijera: el contrato quedará perfecto si vd. me paga para tal día completamente el precio estipulado, mas no es caso contrario. Sin embargo, la facultad que se da al vendedor de rescindir el contrato, ó bien de pedir su cumplimiento, parece que hace variar de mera cláusula condicional, y es la razon de formar de este pacto un capítulo separado.

Digo pues que el ejercicio de este derecho alternativo es útil al vendedor, como lo es todo derecho: ni de ello puede quejarse el comprador, porque si aquel trata de rescindir el contrato, es claro que él mismo ha dado causa para ello. Por

otro lado, habiendo establecido antes por regla general que la parte que ha cumplido una obligacion celebrada, debe tener derecho de pedir la rescision contra la otra que falta á lo estipulado, será justo concederlo tambien en el presente caso. Pero menos de que quejarse tiene en que se pida contra él el cumplimiento del contrato; porque así no se hará mas que verificar una palabra dada, cuya realizacion debe parecer bien en su interior aun á los mismos que faltan á ella. Elegida pues por el vendedor la rescision del contrato, este pacto de la ley comisoraria puede considerarse como una verdadera cláusula condicional, y sus efectos deben ser consiguientes á ésta. Por lo mismo, así como en el caso de no cumplirse la condicion, el que debia adquirir algo verificándose, no lo adquiere, caduca enteramente la convencion, y se tiene como no celebrada, otro tanto debe suceder en el caso presente. Igualmente todos los efectos de la propiedad de la cosa vendida deben quedar en el vendedor, y como tales los frutos, mejoras y accesiones.

La misma ley manda que el vendedor gane las arras ó la parte del precio que hubiese recibido; pero me parece que no conviene confundir en sus efectos lo que se da al vendedor en estos dos conceptos. Las primeras tienen por objeto asegurar el cumplimiento de la obligacion contratada por el que las da; quiere decir, que si no cumple pierde la cosa así dada; pero nada de esto hay en lo que se da como precio. Creo pues conforme á los principios referidos que, el comprador que no verifica la total paga pierda en pena de su falta las arras que haya entregado al vendedor; pero no debe ser así respecto de la parte del precio que haya pagado. Así considerándose como no celebrado el contrato, todo debe quedar segun se

hallaba antes de otorgarlo, y por lo mismo cada cual con lo suyo; ni para lo contrario hay motivo, pues que no se ha estipulado pena para este caso. Por las mismas reglas parece que los frutos que produzca la cosa en poder del comprador deben devolverse siempre al vendedor rescindente; pues que aquel no tiene título alguno para adquirirlos tan luego como se considere no haber habido contrato de venta.

En cuanto á los gastos que el comprador haga en la cosa recibida mientras la tenga en su poder, entiendo que deben serle abonados por el vendedor cuando ellos sean necesarios ó con el objeto de su conservacion, por la regla general dictada por la utilidad pública de que el dueño siempre está obligado á hacer los de esta clase. Pero aunque la ley supone casos en que el vendedor no ha de recuperar los frutos producidos en manos del comprador, no debe haberlos; porque deshecha la venta, y suponiendo ésta como no verificada, han debido ser producidos para aquel. Con respecto á los gastos útiles, pero no indispensables, parece tambien justo el abono, porque puesto que la rescision se hace por el mismo vendedor, no debe suponerse en el comprador fraude en verificarlos, y sí al contrario buena fé. Ampliaré esto mas adelante, porque el presente caso será bastante raro.

El tercer pacto de las ventas es el de la retroventa, reducido á que devolviendo el vendedor el precio recibido haya de rescindir el contrato, y en consecuencia restituirsele la misma cosa que vendió. Esta condicion no deja de presentar algunos inconvenientes bastantes graves, y conviene examinarlos.

Es una cosa indudable que la reserva que el vendedor hace de recuperar á su albedrio lo que ha enagenado, pone al

comprador dependiente del capricho de aquel, causa una adquisicion meramente precaria, y hace una propiedad enteramente incierta. De aquí pues el ningun empeño de mejorarla, y la consecuencia de sacar á la cosa, con detrimento de la riqueza general, todo el mayor jugo posible sin consideraciones ningunas al porvenir. Sin embargo, puede haber tal vez circunstancias en que el pacto de la retroventa sea útil; y por otra parte soy tan amante de la libertad comercial, que titubearia en quitarla aun en esta materia prohibiendo esta condicion.

Así entiendo que lo que acaso importa mas, es reducir los términos que se establezcan para que el vendedor use de este derecho, y arreglar en los demás el asunto de modo que no ofenda á los principios de la creacion de la riqueza. Supuesto pues que el permitir que el vendedor estienda ó se reserve esta facultad de usar de la retroventa hasta cuando, quiera, es colocar una inseguridad eterna y darle un derecho cuyas ventajas no se compensan con los perjuicios; y ya que por otra parte no se prohíba enteramente, es menester hallar un término prudente para su ejercicio. ¿No podria establecerse que, por mas que se estipule otra cosa, nunca pase de un año en los bienes inmuebles y un mes en los muebles? El lector discurrirá. Pero no soy yo el que ha visto por primera vez los inconvenientes de la adquisicion precaria de la propiedad bajo este pacto, pues tambien los conocieron los antiguos comentadores de nuestras leyes; y así es que entre ellos Gregorio Lopez en la esplicacion de esta disposicion de las partidas, opina que este derecho del vendedor queda prescrito con el transcurso de veinte años, como término de las acciones personales. No obstante, es menester confesar que semejan-

te interpretacion es bastante violenta, porque el testo literal de aquella da indudablemente derecho *in infinitum*, y se ve que á él le pareció conveniente el limitarlo. Este mismo espíritu manifiesta D. Juan Sala en su Ilustracion del derecho real, pues hablando de las ventas que se hacen con este pacto dice „hay „tantos abusos y perjuicios en ellas que „tal vez convendria que se prohibiesen, ó „por lo menos tomaran rigurosas providencias para atajarlos” ¿Qué juicio formaremos en vista de esto de la práctica que este mismo autor asegura en seguida que hay en los tribunales de concederse el término de veinte años, cuando hay establecida alguna limitacion para el uso de este derecho? Semejante costumbre es en mi entender contraria á la ley, introducida sin duda por desconocer los trascendentales daños de esta facultad: se queria favorecer al vendedor y sus herederos sin acordarse de los males que de tal estado resultaban al comprador y los suyos.

Llegado pues el caso de la retroventa, y por consiguiente el de la devolucion de la cosa, se dice que ésta debe hacerse en el mismo estado en que se entregó y sin ningun gravámen de mas. Pero pregunto yo: si el comprador laborioso confiado en la posesion ha reducido á cultivo un terreno erial ó arboládolo ó lo ha variado de otra manera mas lucrativa, si en fin lo ha hipotecado en beneficio suyo; ¿deberá ponerse la finca en el primitivo estado? La justicia y la conveniencia pública lo resisten. Enhorabuena pues que el comprador pague al vendedor el menos valor que tenga la cosa, pero no se pase á mas. Que aquel haga suyos los frutos que adquiera durante el tiempo de la retroventa, lo hallo yo muy conforme á los principios de derecho antes explicados; porque

habiendo sido el contrato verdaderamente puro, y adquirido desde luego la propiedad de la cosa, aunque á título revocable, seria una contradiccion quitárselos. Igualmente lo tengo por justo en razon de que, á lo menos con la seguridad de percibirlos, procurará su produccion; lo que tal vez no sucederia así faltando ella.

Segun se espresa la ley, parece que es eficaz la enagenacion que hace el comprador en el tiempo intermedio concedido para el uso de esta facultad; pues se contenta con obligarlo á indemnizar al vendedor de todos sus perjuicios. Sin embargo, yo no dudaria en anular esta venta, y en consecuencia quitar la cosa á este segundo comprador, si se verifica la retroventa. El primer comprador no tiene un dominio ilimitado ó perfecto, sino revocable dependiente de la voluntad del vendedor: no podia pues transferir á otro

mas derecho que el que él mismo gozaba, y por consiguiente la segunda venta debia considerarse cuando mas como la primera. Además semejante manera de enagenar será en los mas de los casos fraudulenta de parte del primer comprador. Ni se diga por otro lado que el segundo podrá ser perjudicado, si á pesar de esto el primero la vende sin manifestar esta condicion; porque parece que examinando el registro de hipotecas evitará todo engaño, y si no lo hace es culpa suya. Todo esto se remediaría en la mayor parte reduciendo, como he indicado antes, á una época breve el uso de la retroventa. En lo demás es claro que espirado el término sin que el vendedor haga reclamacion alguna, quedará la propiedad plena é irrevocablemente adquirida para el comprador.

TITULO 27.

De los retratos.

CAPÍTULO I.

DE LA NATURALEZA DEL RETRACTO, DEL GENTILICIO, Y DE LAS PERSONAS Á QUIENES COMPETE.

1. ¿Qué se entiende por retracto y qué por derecho de tanteo?
2. Diferentes especies en que se divide el retracto.
3. ¿A qué personas compete el retracto gentilicio?
4. De este derecho puede usar el hijo ó descendiente desheredado.
5. Corresponde tambien este derecho á los clérigos y demás personas que disfrutaban fuero eclesiástico, tanto entre sí mismos como interviniendo legos.
6. El retracto gentilicio no compete al heredero extraño del próximo pariente que falleció dentro del tiempo en que podia retraer la finca vendida, á no ser que el difunto hubiese dejado contestado el pleito.
7. Si el dueño de una finca patrimonial ó abolenga quisiere venderla por dinero de contado á un extraño, y algun pariente dentro del cuarto grado quisiere retraerla tambien, debe éste ser preferido por el tanto al extraño.

8. El pariente podrá retraer cuando el dueño de la finca patrimonial ó abolenga la da á censo reservativo.

9. El pariente mas cercano del vendedor es preferido al mas remoto, debiendo considerarse esta proximidad de parentesco con relacion al vendedor.

10. La computacion de grados en los retractos debe ser civil.

1. Retracto es el derecho concedido á ciertas personas por ley, costumbre ó pacto, para redimir ó comprar la cosa que habia sido vendida á otro, pagando el mismo precio en que se vendió al primero. Derecho de tanteo es el que compete á ciertas personas para ser preferidas en la venta á otro cualquier comprador, pagando el precio estipulado. De estas definiciones aparece que el retracto es distinto del tanteo, puesto que aquel es la rescision de una venta, y éste no es mas que la preferencia en ella.

2. Los retractos son de dos especies: *gentilicio* ó de *consanguinidad* y de *sociedad* ó *comunidad*. Retracto gentilicio es el derecho que tienen los parientes del vendedor dentro del cuarto grado, para redimir los bienes raices de sus mayores por el mismo precio en que fueron vendidos. El retracto de sociedad ó comunion puede ser de varias clases, segun pertenece al sócio comunero ó partícipe en el dominio de alguna cosa (1), al señor del dominio directo, al superficiario y al enfiteuta; de todas estas especies de retractos trataremos en su respectivo lugar.

3. El retracto gentilicio compete á los hijos y parientes legítimos dentro del cuarto grado por su orden, sin distincion de agnacion, cognacion, sexo ni edad; y sin que el doble vínculo dé preferencia alguna sobre el parentesco sencillo (2).

(1) Ley 55, tit. 5, p. 5; y leyes 8 y 9, tit. 13 lib. 10, N. R.

(2) Ley 13, tit. 10 del Fuero Real, aunque el Sr. Sola en su Ilustracion del Derecho Real de España la supone corregida por la ley 7, tit. 11, lib. 5, N. R.

Si dichos hijos ó parientes fueren menores, podrán usar de este derecho sus tutores y curadores; y si estuvieren ausentes, sus apoderados con poder especial para ello (1). Tambien tienen facultad para retraer los hijos naturales, pues la disposicion legal apoyada en el derecho natural, en la sangre y en la equidad, los comprende en todo aquello que no sea incompatible con la dignidad ó cualidad de la persona. Pero de ninguna manera compete este derecho á los espúrios, incestuosos y de dañado ayuntamiento, porque como no son consanguíneos ciertos, no se reputan por individuos de la familia de los que se dicen ser sus ascendientes.

4. Igualmente podrá usar de este derecho el hijo ó descendiente desheredado con causa legítima; porque aunque por la desheredacion se le excluye de la sucesion, y se le considera como un extraño, no pierde sin embargo por esta circunstancia los primordiales derechos de la sangre, en virtud de los cuales le compete el retracto. Lo mismo debe entenderse con respecto al hijo que renunció con juramento la sucesion á los bienes de su padre ó ascendiente, pues por esta renuncia no se abdicen los derechos de la sangre, ni deja de ser de la familia, ni puede presumirse que quiso renunciar el derecho de retracto, sino únicamente la gratuita y universal sucesion que la ley le concede.

5. Corresponde tambien este derecho á los clérigos y demás personas que dis-

(1) Leyes 1, 2 y 4, tit. 13, lib. 10, N. R.

frutan fuero eclesiástico, tanto entro sí mismos como interviniendo legos; y así el clérigo podrá retraer los bienes que vende su pariente ó sócio seglar, y éste los de aquel, debiendo el eclesiástico ser demandado ante su juez, cuando se retrae de él la cosa.

6. Siendo el retracto gentilicio un derecho personal, no compete al heredero extraño del próximo pariente que falleció al tiempo en que podía retraer la finca vendida, á no ser que el difunto hubiese dejado contestado el pleito y practicado todas las diligencias necesarias para conseguir el retracto, en cuyo caso deberá ser admitido. Así pues será nula la cesion que se haga de este derecho á favor de un extraño, bien que si se hiciera á favor de un pariente dentro del cuarto grado, valdrá sin perjuicio del mas cercano.

7. Supuesto lo dicho, si el dueño de una finca patrimonial ó abolenga, quisiera venderla por dinero de contado á un extraño, y algun pariente suyo dentro del cuarto grado pretendiese retraerla, es preferido por el tanto al comprador extraño. Si dos ó mas parientes de un mismo grado quisieren la cosa, deben dividirla, y si no admitiese cómoda division, se quedará con ella el que ofreciere mas precio, y si la oferta fuere igual, será preferido el que antes hubiere acudido á retraerla. No es necesario que éste retraiga la cosa antes de efectuarse la venta; pues bastará que se presente dentro del término legal, del cual hablaremos en el capítulo siguiente, y que satisfaga el precio en que aquella consistió (pues no sirve ofrecerlo solamente), y que jure al mismo tiempo que quiere la cosa para sí, y que no la retrae por dolo ni fraude. Si se hallase imposibilitado para retraer por estar ausente ó por otra causa cualquiera, po-

drá usar de este derecho el pariente que le sigue en grado dentro del término que podría haberlo verificado el primero (1). Pero si el propietario no la vendiese sino la cambiase, ningun pariente podrá retraerla, porque el retracto solo tiene lugar en el contrato de venta, mas no en la permuta (2). Lo mismo procede cuando el padre que heredó de algun hijo la finca que éste hubo de su madre, la vende, pues no pueden retraerla ninguno de sus hijos; porque la finca vendida por el padre no era de patrimonio ó abolengo.

8. No solo puede el pariente retraer la finca patrimonial ó abolenga cuando el dueño de ella la vende á un extraño, sino tambien cuando la da á censo reservativo perpétuo ó al quitar, porque es verdadera venta al fiado hasta su pago y redencion, y en este concepto se transfieren al comprador ambos dominios, percibiendo el vendedor los réditos ó pensiones estipuladas, en compensacion de los frutos que percibiria á no haberla enagenado. Pero no ha lugar al retracto en el censo consignativo, porque no hay traslacion de dominio, ni aquel derecho tiene lugar sino en los bienes raices.

9. El pariente mas cercano del vendedor es preferido al mas remoto, debiendo considerarse esta proximidad de parentesco con relacion al vendedor, de suerte que si concurren á retraer su hijo y su hermano, el hijo será preferido al hermano (3). La proximidad y la preferencia que de ella nace se graduarán por las reglas de las sucesiones intestadas; siendo de advertir que en los retractos tiene lugar tambien el derecho de representacion, de suerte que el nieto del ven-

(1) Ley 7, tit. 13, lib. 10, N. R.

(2) Ley 1.ª, tit. 13, lib. 10, N. R.

(3) Ley 2, tit. 13, lib. 10, N. R.

dedor ocupará para retraer el lugar de su civil, ya porque se trata de un negocio padre. puramente temporal, ya tambien porque

10. La computacion de grados en los de este modo queda mas restringido el retractos debe hacerse segun el derecho de derecho de retraer.

CAPÍTULO II.

DE LAS COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL RETRACTO GENTILICIO, Y DEL TÉRMINO LEGAL CONCEDIDO PARA USAR DE ESTE DERECHO.

1. Bienes que pueden ser objeto del retracto.
2. Pueden retraerse los bienes raices vendidos en almoneda judicial, ya sea voluntaria ó necesaria.
3. Dándose apreciados al acreedor los bienes del deudor, por la cantidad de dinero que éste le debe, puede retraerlos tambien su pariente ó sócio.
4. Habrá tambien lugar al retracto cuando se vendiesen varias fincas patrimoniales ó abolengas.
5. Si dichas fincas fueren vendidas al fiado, podrá retraerlas tambien el pariente con tal que en el término de nueve dias siguientes al de la venta, afiance que al tiempo estipulado pagará su importe al vendedor.
6. Si la finca patrimonial ó abolenga se vende juntamente con otra que no lo es, será admitido tambien el pariente al retracto de la patrimonial.
7. No compareciendo ningun pariente en el término legal á retraer la finca patrimonial, no se podrá intentar el retracto, aun cuando vuelva otra vez á poder del vendedor.
8. El derecho de retracto no tiene lugar en las ventas que son nulas por falta de solemnidad ni en las simuladas.
9. El término legal para retraer es de nueve dias.
10. Este término es perentorio é improrogable, y corre contra los menores.
11. Habiendo frutos pendientes en la finca al tiempo que se vende, si dentro de los nueve dias siguientes al de la venta los coge y percibe el comprador, y en los mismos la retrae el pariente, debe devolvérselos aquel.
12. Resumen de la doctrina legal sobre esta materia.

1. Solamente pueden ser objeto del retracto los bienes raices que fueron de patrimonio ó abolengo, es decir, que pertenecieron á los padres ó abuelos del que intente retraer (1). Todos los demás que no tengan estos requisitos, podrán venderse libremente sin que ninguno tenga derecho á retraerlos (2). Por consiguiente, estarán tambien escluidos los bienes

muebles, porque la ley habla solo de los raices, á los que únicamente es aplicable la causa inductiva del retracto. Si la finca vendida fué comprada con el precio dado por la patrimonial que el pariente vendió, y se subrogó en su lugar, no tiene cabida el retracto, porque por esta subrogacion no se constituye propia y verdaderamente patrimonial, sino por una especie de ficcion. Tampoco tiene lugar en el usufructo, uso y habitacion, ni en otras acciones ni derechos.

(1) Leyes 1, 2 y 5, tit. 13, lib. 10, N. R.

(2) Ley 3, tit. 13, lib. 10, N. R.

2. Los bienes raíces vendidos en moneda judicial, ya sea voluntaria ó necesaria, pueden ser objeto del retracto, teniendo derecho de presentarse á retraerlos el pariente mas cercano del vendedor, en cuyo caso ha de consignar y depositar efectivamente el precio, y satisfacer al comprador la alcabala, si la pagó, el laudemio que por la venta se cause, y tambien las espensas justas que se le hayan originado, con tal que consten liquidados en la venta. Si no estuviesen liquidados bastará prestar fianza de que luego que lo estén satisfará su importe (1); advirtiéndose que no está obligado á satisfacer el aumento de precio que voluntariamente ofrece el comprador, á no ser que espontáneamente se comprometa á ello en el mismo acto, ó que el juez le condene á darlo y suplirlo por haber lesion ó por otro motivo.

3. Si se dieren al acreedor ciertos bienes de su deudor en pago de alguna cantidad que le debia, podrán tambien retraerlos el pariente ó sócio de aquel, ya porque la dacion en pago hace veces de compra y venta, ya tambien porque de lo contrario podrian los contrayentes derogar y enervar fácilmente la disposicion del derecho, é impedir el retracto con solo mudar el nombre de la enagenación. Mas si la donacion fuere en pago de otra especie ó finca, no habrá lugar al retracto, porque entonces no seria venta sino cambio ó permuta.

4. Habrá tambien lugar al retracto cuando se venden muchas cosas patrimoniales ó abolengas; con solo la diferencia de que vendiéndose en un solo precio, el pariente ha de retraer todas ó ninguna; pero vendiéndose en diversos puede retraer la que quisiere, observando

la fórmula de la ley (1): la razon de esta diferencia es porque en el primer caso es una sola la venta y en el segundo varias, puesto que son muchas cosas con distintos precios. Esto mismo procede tambien en la dacion de pago; por lo que si dos fincas tasadas separadamente se dieren por un solo débito, proviniendo de una causa, no podrá el pariente retraer una de ellas solamente, pues semejante débito es indivisible, y por lo mismo no puede el deudor pagar por partes contra la voluntad de su acreedor; mas lo contrario ha de decirse si fueren diversas las deudas.

5. Si se venden al fiado una ó mas fincas patrimoniales ó abolengas, podrá retraerlas tambien el pariente del vendedor, con tal que dentro del término legal otorgue fianza á satisfaccion del juez para la seguridad del pago (2). Tambien tendrá lugar el retracto cuando se venden con el pacto de retrovendo; pero no en la retroventa; pues en ésta el vendedor es preferido al pariente.

6. Si la finca patrimonial ó abolenga se vendiere juntamente con otra que no lo es, por un solo precio y un solo instrumento, sin intervenir dolo ni fraude, será admitido el pariente al retracto de la patrimonial, la cual, ó la parte que de ella exista, se le entregará por lo justo á arbitrio de buen varon, segun su estado, y la otra se dejará al comprador, quedando éste obligado al contrato con respecto á la parte no retraida, abonándosele la rebaja del precio correspondiente de la que lo hubiere sido (3). Si ofreciere el comprador al pariente las fincas patrimoniales y las que no lo son, debe éste retraerlas ó dejarlas todas. Pero si el pa-

(1) Ley 4. tit. 13. lib. 10. N. R.

(1) Ley 5. tit. 13. lib. 10. N. R.

(2) Ley 6. tit. 13. lib. 10. N. R.

(3) Ley 14. tit. 5. lib. 6.

riente quisiere retraer unas y otras, y dar al comprador su total valor, no estará obligado éste á dejarle mas que las patrimoniales.

7. Cuando ninguno de los que tienen derecho de retraer, concurre á hacer uso de él dentro del término legal, la cosa vendida queda enagenada irrevocablemente. De consiguiente, no se podrá intentar despues el retracto, aun cuando dicha finca vuelva á poder del vendedor y la venda de nuevo, por haberse hecho enagenable, mediante haber pasado á poder de persona estraña; á no ser que el vendedor la recupere en virtud del pacto de retrovendendó, pues en este caso no es cosa distinta ni nuevamente adquirida.

8. El derecho de retracto no tiene lugar en las ventas que son nulas por defecto de solemnidad ó por cualquiera otra causa. La razon es, porque si se admitiese el retracto, se quitaria la finca al vendedor que no perdió su dominio, no al comprador que ningun derecho adquirió por una venta, que por razon de su nulidad no produjo efecto alguno. Lo mismo sucederá si la venta fué hecha simultáneamente, y sin ánimo de desprenderse el dueño del dominio de la cosa vendida, pues verdaderamente no hubo tal venta.

9. El término concedido por las leyes para hacer uso del derecho de retracto, es el de nueve dias, los cuales deberán empezarse á contar desde el dia siguiente al de la celebracion de la venta, si ésta fuere pura, ó desde el siguiente al de la celebracion de la condicion si fuere condicional (1); advirtiendo que aunque sean

muchas las personas que pueden retraer y concurrir á hacer uso de este derecho, deberán ejecutarlo todas dentro de los nueve dias espresados, sin que cada una de ellas en particular pueda aprovecharse de este término (1). En las ventas hechas por mandamiento del juez, deberá contarse el término desde el dia del remate (2), cuya disposicion confirma mas nuestra opinion de que los nueve dias deben contarse desde la convencion; pues el remate de las ventas judiciales equivale al consentimiento de las que se hacen por voluntad de los contrayentes. En la venta celebrada con el pacto de *retroventa*, se cuentan tambien desde el siguiente al de la celebracion; porque es venta real y verdadera. Es tambien de advertir, que aun cuando la finca hubiere sido vendida diferentes veces, tendrá el pariente derecho á retraerla del último poseedor, con tal que no haya pasado el término de los nueve dias.

10. Este término como toda dilacion legal, es perentorio y absolutamente improrogable, y corre contra los ausentes y menores de edad, á quienes no se concede en este caso el beneficio de restitution (3); si bien les quedará á salvo su derecho para repetir contra el tutor ó curador por su omision ó descuido en usar del retracto á su debido tiempo. Si dolosamente se procurase ocultar la venta con el objeto de que no llegue á noticia del pariente, no le corre el término de los nueve dias hasta que la tenga; de otra suerte será muy fácil hacer ilusorio el privilegio del retracto que la ley concede al pariente, como observa muy bien el re-

(1) La ley dice desde que la vendita fuere hecha desde que la heredad fuere vendida, y sabido es que la venta está hecha luego que consienten los contrayentes, porque es un contrato consensual que se perfecciona por solo el consentimiento, por consiguiente deberá empe-

zarse á contar desde el dia del convenio, y no desde la entrega como pretenden algunos autores.

(1) Ley 1. tit. 13. lib. 10. N. R.

(2) Ley 4 de dicho tit. y lib.

(3) Ley 2; tit. 13, lib. 10. N. R.

formador de Febrero, y se dejaria al arbitrio del comprador y vendedor el que se hiciera uso de este derecho, y las leyes nunca favorecen el fraude. Si el pariente hubiere tenido noticia de la venta, y por dolo del vendedor ó del comprador ó de ambos, no hubiese podido saber el precio en el mismo término, correrán los nueve dias para el efecto de retraer; pero no para el requisito de consignar el precio hasta que lo sepa. En tal caso deberá depositar el que le parezca justo, otorgando fianza de pagar el resto si faltare algo. Si el comprador no quisiere recibir el precio, deberá el retrayente hacer depósito judicial del mismo.

11. Si al tiempo de la venta existieren frutos pendientes en la finca, y dentro de los nueve dias siguientes al de la venta los cogiese y percibiese el comprador, y en los mismos la retrajese el pariente, deberán devolverse á éste dichos frutos; porque son parte de la misma finca, y del precio en que se ajustó; no quedándole el arbitrio de eludir su entrega,

dando al pariente el precio de los mismos, á no ser que éste pase por ello.

12. Reasumiendo la doctrina legal sobre esta materia, resulta que para que tenga lugar el retracto, deben concurrir los requisitos siguientes: 1. ° Que la finca vendida sea de patrimonio ó abolen-go del vendedor, esto es, que la haya heredado de su padre ó madre, ó de alguno de sus abuelos: 2. ° Que el retrayente sea pariente dentro del cuarto grado contado por derecho civil, y que sea el mas próximo de los que concudiesen á retraer; pues si fuesen iguales en grado se deberá dividir entre los dos ó mas la finca: 3. ° Que acuda precisamente á retraerla dentro de los nueve dias contados desde la convencion: 4. ° Que el retrayente jure que no usa del retracto con dolo, y que quiere para sí la cosa, porque le conviene, cuyo juramento es indispensable segun la ley: 5. ° Que satisfaga todo el precio en que se hubiere vendido la cosa, pues no basta la simple oferta que haga del mismo.

CAPÍTULO III.

DE OTRAS VARIAS ESPECIES DE RETRACTOS.

1. Justicia y utilidad del retracto de comuneros.
2. Requisitos para que el sócio ó participe en la finca pueda retraerla por el tanto.
3. Otras especies de retractos. Cuando uno de los enfitéutas que posee proindiviso una finca vende su parte á un extraño, podrá el condueño retraerla del extraño.
4. Si el que tiene la propiedad sola de una cosa la vende al usufructuario de la misma, podrá retraerla el sócio en la misma propiedad.
5. Tiene tambien lugar el retracto de comunion en la servidumbre.
6. Siendo muchos sócios ó partícipes, puede cada uno por sí solo retraer la finca vendida á un extraño.
7. No podrá retraer la finca por razon de comunion el dueño del censo reservativo, si el censuario quisiere venderla.
8. Instituyendo el testador á uno por su heredero, y legando á otro una parte de sus bienes, si el heredero quiere vender la finca patrimonial heredada, el legatario no tendrá accion á retraerla por razon de comunion.
9. Requisitos que han de concurrir para que tenga lugar el retracto de comunion.

10. En el caso de que el comprador deba algo al que retrae, pueda éste compensarlo con el precio de la parte vendida.

11. Otro de los retractos legales es el concedido á los dueños directo y superficiario.

12. Casos en que el señor puede ó no retraer la finca enfitéutica.

13. Concurriendo al retracto el señor directo ó superficiario con el pariente ó con el consócio ¿cuál será preferido?

14 hasta la conclusion del capítulo. Otros retractos que las leyes conceden en consideracion al bien comun.

1. Además del retracto gentilicio de que hemos hablado, hay tambien otras clases de retractos que ciertamente pueden producir en el dia mas utilidad que aquel, porque lejos de ofrecer los inconvenientes que él mismo ocasiona, pueden ser favorables á la agricultura, y á la mayor conservacion de las propiedades, si bien bajo cualquier aspecto que se miran son una especie de restriccion del derecho de propiedad. Uno de ellos es el que se concede á los condueños de una cosa cuando alguno de los mismos vende la parte que le corresponde en ella á una tercera persona, que no es partícipe del dominio. Nada mas justo y útil que el derecho de retracto concedido en este caso; justo, porque el compropietario posee ya parte de la misma cosa, y por esta razon parece acreedor á la preferencia en la adquisicion del todo; útil, porque mirándola ya con cierta predileccion, y conociendo su calidad mejor que otro alguno, sabrá mejorarla y conservarla con mayor conocimiento. Por otra parte, siempre se logran ventajas de que cada cosa pertenezca á un solo dueño y no á varios, pues de este modo se evitan discordias y se promueve la industria individual, lo cual se logra mejor que cuando la propiedad de una cosa pertenece á dos ó mas personas.

2. El sócio ó partícipe en la finca que justifique serlo no solo debe ser preferido por el tanto, si el condueño quiere

re vender su parte á un estraño, sino tambien despues de vendida ésta, con tal que acuda precisamente dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y pague el precio ofrecido sin fraude por el comprador, aunque sea excesivo y mayor que el valor de la parte vendida y no en otros términos (1). Esto tendrá lugar aunque el sócio que retrae posea una parte muy pequeña en la finca comun, y al consócio vendedor correspondan las demás, pues dicha circunstancia no priva al primero del derecho del retracto. Mas lo dicho solo se entiende cuando ambos tuviesen la finca sin partir, porque si realmente estuviese dividida ó enagenada, y cada uno poseyese su parte separadamente, no tendrá lugar este retracto, porque ya en realidad no son sócios, ni existe semejante comunión, cesando por consiguiente el riesgo de la discordia, pues cada uno puede cultivar su parte sin incomodidad de otro.

3. Aun cuando uno de los infitéutas que posee proindiviso una finca, venda su parte á un estraño precediendo requerimiento al señor del dominio directo, podrá el condueño en la cosa enfitéutica traerla del estraño, si el señor no la quiere, pues queriéndola es preferido. Lo mismo sucede en la comunión del usufructo, pues vendida una parte de la comunidad ó utilidad que de él resulta, puede

(1) Leyes 55, tit. 5, p. 5; y 9, tit. 13, lib. 10 N. R.

el consócio retraerla del estraño, lo cual no se permite al pariente. Mas si vendiese su derecho de usufructuar no tendrá lugar el retracto, pues cederá en beneficio del dueño de la finca, consolidándose con la propiedad.

4. Del mismo modo, si uno de los sócios que tienen la propiedad solo la vendiese al usufructuario, podrá retraerla el otro partícipe en la misma propiedad, ó el pariente mas próximo; pero este derecho no se estenderá al usufructo, ya porque la consolidacion de éste con aquella se hizo sin culpa del usufructuario, y ya tambien porque se retraeria mas de lo que se habia vendido, lo cual no seria justo ni conforme al espíritu de la ley.

5. Tambien puede tener lugar este retracto en la servidumbre de casa ó fundo, en el derecho de apasentar ganado en prado ó dehesa agena; en la transaccion; en el arrendamiento de la cosa comun hecho á muchos por largo tiempo; en la dacion en pago, ya sea voluntaria ó necesaria; y en la accion ó derecho á alguna cosa inmueble comun á los sócios.

6. Si los sócios ó partícipes fuesen muchos, puede cada uno por sí solo retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á un estraño. Si todos la quisieren deberán ser atendidos proporcionalmente á retraer, segun la parte que en ella les corresponda, y no con igualdad. Mas si el sócio vendiere á uno de los consócios su parte, no pueden los demás retraerla por grandes que sean las suyas y pequeña la del sócio comprador. Este derecho del sócio es trasmible á sus herederos ó sucesores en los derechos ó bienes de la sociedad por cualquier título, porque no es personal como el gentilicio, sino inherente á la cosa comun.

7. No podrá retraer la finca por razon de comunion el dueño de un censo reser-

vativo al quitar impuesto en ella, si el censuario quisiere venderla; porque no tiene parte en la misma por participacion de dominio, pero sí podrá retraerla el pariente, como dijimos en el núm. 8, del capítulo anterior. Tampoco podrá retraer el dueño del censo consignativo por las razones espresadas en el mismo núm. 8. á no ser que así se pactase, y á la observancia de este pacto se hipotecase especialmente la finca. Ni la muger casada podrá tampoco retraer por razon de la comunion ó sociedad conyugal la finca vendida por el marido, aun quando éste la haya adquirido durante el matrimonio.

8. Si habiendo el testador instituido á uno por su heredero, y legado á otro el quinto ú otra cuota de sus bienes indistintamente, vendiere el heredero la finca patrimonial heredada, no tendrá el legatario accion á retraerla, por razon de sociedad ó comunion, ni por consiguiente será preferido al pariente que la quiera, por la incertidumbre de si le pagará en dinero ó en otros bienes su legado, y cuales serán éstos, puesto que en ninguna cosa de la herencia adquiere dominio específico, ni puede llamarse partícipe en finca determinada.

9. Para que tenga lugar el retracto de comunion ó entre conpropietarios, son indispensables los requisitos siguientes:

1. ° Que el sócio que pretende retraer, justifique tener dominio en alguna parte de la cosa vendida: 2. ° Que la cosa no esté real y verdaderamente dividida, ó amojonada, aunque los sócios se hayan convenido sobre el parage en que han de tener y disfrutar sus partes: 3. ° Que el retrayente jure que quiere para sí y no para otra persona la cosa vendida, y que no procede con fraude: 4. ° Que acuda á retraerla dentro de los nueve dias

siguientes al de la celebracion de la venta; ó al del otorgamiento de la escritura, si hubiesen pactado que interviniesen; ó del remate, vendiéndose la finca en pública subasta. Si la venta fuese condicional, se empezará á contar desde el día en que se cumpla la condicion, como se dijo hablando del retracto gentilicio: 5.º

Que no solo ofrezca sino que entregue realmente al comprador el precio, alcabala, laudemio y espensas justas que haya hecho; y no queriendo recibir su importe, lo debe depositar judicialmente; y si la venta fuese al fiado, debe practicar lo que el pariente en el *gentilicio*.

10. Si el comprador debe algo al que retrae, puede éste compensarlo con el precio de la parte vendida, y se le debe admitir la compensacion hasta su importe, debiendo depositar todo el precio de la parte vendida, para cumplir de este modo con la disposicion legal, pretendiendo al mismo tiempo que no se entregue al comprador sino deducida la cantidad líquida que resulte debérsele.

11. Otro de los retractos legales es el concedido á los dueños directo y superficiario (1); pues en el caso de que el primero venda el dominio del suelo ó área á un extraño, puede retraerlo por el tanto el superficiario y enfitéuta, como dueños del útil, dentro de los nueve dias referidos. Si el superficiario y enfitéuta vendiesen el útil, puede retraerlo aquel dentro del propio tiempo, en caso de que ninguna pension anual le paguen; pues si se la pagan, deben requerirla para que la compre satisfaciendo el mismo precio, á fin de que si no quiere comprarla conceda su licencia para la venta, y una vez requerido, tiene dos meses de término para el tanteo (2). Pasado este tiempo

queda el señor sin accion para ser preferido á otro comprador, y lo único que podrá exigir es que se le pague el laudemio que por venta se cause. Si fuesen varios los señores del dominio directo *pro indiviso*, todos deberán ser requeridos; pues aunque alguno no quiera hacer uso del tanteo, puede hacerlo algun otro.

12. El Sr. del dominio directo puede dar al enfitéuta licencia absoluta ó limitada para vender la finca enfitéutica. Si se la diere absoluta, no podrá retraerla por aquella vez; porque es visto haber renunciado y cedido al comprador el derecho que á ella tenia, y así solamente lo tiene al laudemio. Mas si la concede sin perjuicio de usar de su derecho, y en su consecuencia se vendiese, deberá retraerla dentro de los nueve dias siguientes al de la venta; pues los dos meses son para que no caiga la finca en comiso si se vende sin su permiso, y para que la tantee antes que se verifique la venta.

13. Si concurriesen á hacer uso del retracto el Sr. directo y el superficiario ó enfitéuta con el pariente ó con el consócio, será preferido el Sr. del dominio directo al superficiario y enfitéuta, por la razon del mayor y principal derecho que como dueño del suelo le compete en la finca, y el Sr. superficiario, enfitéuta y sócio deben ser preferidos al pariente en el orden indicado, de modo que éste es postergado á los otros, concurra con todos ó con cada uno solo; el sócio lo es al superficiario y enfitéuta y éstos dos lo son al Sr. del suelo (1).

14. Además del derecho de retracto y de tanteo concedido á las personas de que se ha hecho mencion, hay varios casos en que nuestras leyes lo conceden

(1) Ley 8, tit. 13, lib. 10, N. R.

(2) Ley ánal, tit. 8, p. 5.

(1) Ley 8, tit. 13, lib. 10, N. R.

por consideracion al bien comun, despues de verificada la venta de ciertos articulos, y por lo mismo es un verdadero retracto. Otras concesiones hay que solo tienen lugar antes que la venta se realice, y entonces este derecho es un verdadero tanteo. De ambos hablaremos con la brevedad posible.

15. Las alhóndigas eran preferidas por el tanto en la compra del pan que no estuviese ya vendido, á cualquiera otras personas eclesiásticas ó seculares (1).

16. Los abastecedores de pescados pueden retraer en los mercados y ferias cuanto se hubiese vendido á los revendedores, pagando á éstos el precio y demás gastos, con tal que el retracto se verifique dentro de dos dias, y se observe cuanto la ley dispone. Si el abastecedor lo fuere únicamente del género indicado, es preferido á otro cuya obligacion abraza diversos artículos (2).

17. Los fabricantes de jabon tienen derecho á comprar por coste y costas cuanta barrilla y sosa necesiten para sus fábricas, ya se hallen en poder de los cosecheros, ya almacenadas para su extraccion por los que trafican en este ramo. (3).

18. Igual derecho tienen en la compra del trapo los fabricantes de papel (4), en la de los cueros los de curtidos (5), y los de indianas. Barcelona tenia este mismo derecho en la de algodones de América que necesitaba para el surtido de sus fábricas, en concurrencia de los revendedores, extractores y demás tratantes en los enunciados artículos (6).

19. Los fabricantes de sedas gozaban del derecho de tanteo sobre todas las sedas, que se hubieren comprado anticipadamente para extraerse ó volverse á vender, mientras existan y sin obligacion de acreditar la necesidad que tengan del mencionado género; pero estaban obligados á elaborarlas de su cuenta, y satisfacer á los primeros compradores el coste y costas con respecto al precio de la cosecha, y un medio por ciento al mes desde el dia de la compra hasta el del retracto. El cumplimiento de estas disposiciones, y la observancia de las medidas de precaucion que las leyes tienen establecidas á fin de que no se abuse de este derecho, estaban encargados á los intendentes de las provincias (1).

20. En cuanto al tanteo de las lanas para beneficio de las fábricas, la ley que regia era la real resolucion sobre una consulta de 4 de Septiembre de 1802 (2), en que por medio de varias aclaraciones se amplia el derecho de tanteo concedido por varias leyes anteriores (3). En primer lugar hace extensiva su disposicion á todo extractor y revendedor de lanas, aun cuando sea fabricante, y solo exime del tanteo las partidas destinadas á las fábricas nacionales. Impone tambien á los extractores y revendedores la obligacion de registrar las compras que hicieren, dando la declaracion jurada, acerca de la vecindad y nombre del ganadero y comprador, cantidad y calidad del género, fecha y condiciones de la contrata, en cuanto se hubiere pactado en aquella.

21. Estos registros habian de abrirse ante el escribano de fábricas del pueblo

(1) Ley 10, tit. 13, lib. 10, N. R.

(2) Ley 11, tit. 13, lib. 10, N. R.

(3) Ley 19, tit. 13, lib. 10, N. R.

(4) Ley 20, tit. 13, lib. 10, N. R.

(5) Real ced. de 8 de Marzo de 1781, art. 34 y 35.

(6) Real ced. de 30 de Junio de 1773, nota 3, tit. 13, lib. 10, N. R.

(1) Leyes 12, 13, 14 y 15, tit. 13, lib. 10, N. R.

(2) Ley 18, tit. 13, lib. 10, N. R.

(3) Leyes 16 y 17, tit. 13, lib. 10, N. R.

en que se haya celebrado la compra, y si no lo hubiere, ante el del cabildo debiendo estar formalizados en primeros de Mayo lo que se refieran á contratos anteriores á dicho dia, los que pertenezcan á ventas posteriores, cuatro dias despues de su celebracion. Los encargados de la compra de lanas con destino á las fábricas estaban obligados igualmente á los registros respectivos en iguales épocas, manifestando en ellos la cantidad, el ganadero y la fábrica á que se destina, pero no los precios, condiciones ni plazos. Mas esto no se entiende con las lanas que compraren con otros fines, pues éstas han de formalizar el registro correspondiente; y lo mismo deberán hacer tambien los fabricantes que además se ocupen en el tráfico y estraccion del espresado artículo. Hecho el registro debia sacar un testimonio de él todo interesado, y presentarlo al escribano de fábricas, ó á falta de éste al del cabildo de la cabeza del partido, bajo pena de ser denunciadas y decomisadas sus lanas.

22. Si en los contratos en que no haya anticipacion de dinero, tantea la lana algun fabricante, ha de satisfacer el coste y costas, y medio por ciento cada mes desde el dia en que el comprador pagó el importe hasta el del tanteo; pero si se pacta alguna anticipacion del comprador al ganadero con algun interés determinado, ha de ser de cuenta del segundo desde el dia de la anticipacion hasta el de la entrega de la lana; y el fabricante abonará al comprador desde éste hasta el del tanteo y reintegro dicho medio por ciento. Cuando se vende la lana estipulando alguna anticipacion sin interés, debe el fabricante pagar al extractor ó revendedor de quien tantée el medio por ciento mensual desde el dia de la anticipacion hasta el del tanteo. Si se

vendiese la lana á plazos por precio fijo, mediando interés desde su entrega hasta el pago, ha de satisfacer ésto al fabricante que tantée no excediendo del medio por ciento desde el dia de la entrega hasta en el que tenga efecto el tanteo, si quiere hacer la entrega del importe; mas no si el fabricante hace uso de los plazos del contrato con la fianza competente y á satisfaccion del ganadero. Finalmente si se señala el plazo sin interés por recargarse su utilidad en el precio de la lana, puede pedir el fabricante que se regule ésta por medio de peritos, nombrándose tercero en caso de discordia, y cumplir el contrato, pagando el precio que resulte de esta regulacion, y el interés del medio por ciento desde el dia de la entrega de lana al comprador hasta el del tanteo y pago, ó hasta el del plazo y si usase de él, afianzando del modo que queda dicho.

23. Si se justificase que hubo simulacion en el precio, en la anticipacion ó en la asignacion de interés, quedará relevado de pagar éstos al fabricante, y ha de entenderse su tanteo por el precio medio que las pilas de igual clase tengan en aquel año. En este caso los jueces que entiendan en el tanteo han de dar cuenta á la junta general de comercio para que pueda acordar las providencias convenientes, atendidas las circunstancias del ganadero y comprador para su castigo y escarmiento.

24. Del mismo modo y en iguales términos que se ha concedido el tanteo ó preferencia á los fabricantes de tejidos de seda y lana, compete tambien á todas las fábricas de tejidos de lino y cáñamo establecidas ó que se establecieron, respecto á dichas primeras materias, sobre cualquier comprador natural ó extranjero que las hubiere comprado para revender.

der ó estraer, y no para otras fábricas nacionales de la misma clase (1). Mas en el dia puede decirse que ninguno de estos retractos se practica.

25. Resta aun hablar de otros retractos ó tanteos ciertamente mas importantes y beneficiosos al Estado. Es notorio que los apuros y necesidades de la nacion han obligado en diferentes tiempos, y con especialidad en los reinados de Don Juan II y Don Enrique IV, á la enagenacion de muchos oficios públicos; sin embargo de ser muy graves los perjuicios que se siguen á los pueblos de que no los ejerzan aquellas personas dignas de su eleccion por su conducta y talento (2). De aquí es, que en la enagenacion de dichos empleos públicos, inútiles y gravosos casi siempre á los pueblos, no puede menos de corresponder á éstos el derecho, de tanteo, con cuya condicion deben siempre creerse hechas las ventas de los mismos; y por lo tanto de ninguna manera se quebranta la fé pública, valiéndose los pueblos del espresado derecho, reintegrando por este medio el precio desembolsado á los compradores ó sus herederos. A consecuencia de esta spoderosas razones fué mandado que nose enagenen, empeñen ni aumenten los mencionados empleos, y que todos los pueblos

puedan tantear los que ya loestuvieren

26. Los tanteos de jurisdicciones y señorfos que ha enagenado la corona por escasez de su erario y apuros en que se ha visto, si no se hallan apoyados en pactos hechos entre los monarcas y el reino, se fundan seguramente, segun testimonio de célebres jurisconsultos, en la práctica universal de España á ejemplo de lo determinado en córtés respecto de los oficios públicos, y con mayor razon que en éstos. Dichas enagenaciones hechas no sin grave perjuicio y daño de los pueblos comprendidos en ellas á varios asentistas y otras personas acandaladas, llevan tambien la condicion del tanteo por los pueblos, ó por cualquier vecino de ellos, como por derecho ó accion popular y por la misma corona para volverlos á incorporar á ésta, restituyendo á los compradores el precio íntegro, sin que impida éste el transcurso del tiempo. Esta incorporacion es tanto mas justa y equitativa, cuando que habiendo salido de la corona las jurisdicciones enagenadas, volvian á ella naturalmente, como á su propio centro, prévia la correspondiente indemnizacion (1). En el dia tampoco esto puede tener lugar, ni lo pueden permitir las instituciones que nos rigen.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS

Sobre los retractos.

Sin manifestar de antemano mi opinion acerca de cada uno de los retractos particulares que se esplicarán luego, y supuesta la existencia de ellos, debo exa-

minar aquí de si sus condiciones y circunstancias están ó no bien establecidas.

(1) Ley 21. tit. 13. lib. 10. N. R.

(2) Ley 3. tit. 8. lib. 7 N. R.

(1) Lo que dice en estos párrafos el autor acerca de oficios enagenados y jurisdicciones señoriales, desde el régimen constitucional ha variado enteramente; pues desde entonces cesaron estas jurisdicciones y acabaron tambien los oficios de regidores perpétuos y otros.

Lo primero que se encuentra es que el retracto solo puede tener lugar en el contrato de compra y venta. Pero si el derecho de usarlo es útil en sus consecuencias, debe estenderse no solo al espresado contrato, sino tambien á todos aquellos por los que se transfiere la propiedad de una cosa; porque puede decirse que todas las razones que hay respecto de aquel concurren tambien para con los demás. En efecto, parece que el fin del retracto es que no se enagene á un tercero estraño la cosa sujeta á él, por los perjuicios que de lo contrario habian de resultar, ó por mejor decir, por la mayor utilidad que el retrayente ha de tener de su adquisicion; pero es claro que los mismos se seguirán de los otros contratos, pues que por ellos se enagena igualmente la cosa. Así las leyes para ir consiguientes debian haberlo dispuesto de esta manera, y no sé en que se fundaron para no hacer esto.

Dos son los requisitos que se establecen en el retrayente para el ejercicio de esta facultad: uno es la entrega de todo el precio por el que se ha vendido la cosa, y el otro el juramento de que la quiere sin fraude alguno. El primero es á la verdad muy justo y razonable, y no se puede menos de aprobar; mas no puedo formar igual juicio del segundo. En efecto, el uso del juramento que tan general y frecuentemente se exige por nuestras leyes, ha debilitado de tal modo la fuerza de este vínculo religioso que le ha hecho perder entre nosotros toda su eficacia, de modo que ya no se le considera mas que una mera formalidad judicial sin resultado. No es pues esto precisamente efecto de la ignorancia ó de la perversidad de corazon de los hombres, sino mas bien obra de las mismas leyes, que requieren el juramento para

todo; ya para cosas pequeñas, como para las grandes; ya para actos en los que puede creerse que el que lo presta no faltará á él, como para los en que hay un interés considerable en hacer lo contrario de lo que se jura. De aquí pues los perjurios continuos que diariamente vemos. Estas reflexiones pueden aplicarse á la presente materia; porque ¿por ventura el juramento será un lazo bastante fuerte para impedir que el retrayente mienta redondamente, si tiene un interés grande en hacerlo? El afirmarlo seria en mi concepto desconocer la naturaleza humana: luego está visto que esta disposicion sin conseguir lo que se propone da lugar á perjuicios, mal á la verdad muy grave, y que debe evitarse cuidadosamente.

Pero en fin, es menester determinar á qué título y en qué concepto ha de tomar el retrayente la cosa, pues hay mucha diferencia en los efectos en que se considere á éste como subrogado en lugar del comprador, ó que su adquisicion se reputa como hecha en virtud de una nueva venta. En el primer caso recobrará la cosa bajo los mismos pactos, condiciones y circunstancias con que se haya vendido, mas no es así en el segundo. La disposicion legal descide la cuestion del modo primero, y ella me parece fundada; porque es claro que el dueño tenia derecho de vender la cosa de la manera y con las condiciones que quisiese: por consiguiente el variarlas para la adquisicion del retrayente podria serle de mucho perjuicio, aumentando así el mal al que sufre por la falta de libertad. Pero si ella se hubiese de considerar como una nueva venta, el precio estipulado entre el vendedor y comprador deberia ser tambien nulo; y entonces ¿cómo arreglarlo? A no convenir en el que

señalase el vendedor ó el mismo retrayente, seria preciso recurrir al arbitrio de un tercero; ¿y será justo obligar á aquel á deshacerse de su cosa por el señalamiento de éste? La libertad comercial dice que no.

Ahora bien, está visto que aun en los casos en que el retracto es útil no deja de ofrecer algunos inconvenientes de bastante bulto, y que se aumentan por la duracion de su ejercicio. Cuando mas se estienda pues éste, tanto mayores serán los perjuicios que cause; y por lo mismo si la ley logra conservar las ventajas de su uso, moderando al mismo tiempo los males de su duracion, habrá hecho una buena disposicion. Creo por lo tanto que los nueve dias concedidos para esto por nuestra ley son un término muy suficiente, y que de alargarlo no sacaria el vendedor el partido que debiera. Es claro que cuanto mas tiempo permanezca el comprador en la incertidumbre de si lo que compra es irrevocablemente suyo, tantos menos concurrentes habrá, y por lo mismo tanto menos precio le darán. Sin embargo, no creo yo todas las disposiciones enteramente arregladas, pues me parece que seria conducente imponer al vendedor ó enagenante de la cosa sujeta á retracto la obligacion de denunciar al que tiene derecho de usar de esta enagenacion que va á hacer; de modo que desde entonces empezasen á correr los nueve dias. Así se evitarán los continuos pleitos acerca de si hubo ó no ocultacion de la venta, que es tan fácil de hacerse, como difícil de probarse. Esta medida es útil tanto al vendedor como al que goza de esta facultad de retraer; al primero, porque hecha la denuncia y pasado el término, puede proceder á la enagenacion libre é irrevocablemente; y al se-

gundo, porque al fin llega á saber de una manera auténtica la venta que se haga, sin tener que estar en continua guardia.

Los perjuicios que causa en general el derecho del retracto son sin duda bastante notorios para que me detenga mucho tiempo en su explicacion. Claro es que la inseguridad de la eficacia del contrato impide la concurrencia de los compradores, y por consecuencia se ve que el precio de la venta será mas bajo de lo que naturalmente seria sin traba. Mas por otra parte, segun antes tengo indicado, tambien las propiedades modificadas causan algunos daños, porque impiden hacer las mejoras que se querrian, y no enagenar libremente la finca; constituiria obstáculos sin duda de mucha consideracion para la creacion de la riqueza y para la libertad tan necesaria del comercio. Estos inconvenientes se encuentran en el enfiteusis. Por mas que se diga que el enfiteuta puede hacer los mejoramientos que quiera, disponer de la finca y enagenarla, tambien es cierto que el señor directo tiene en ella *imperpetuum* derecho hipotecario para la percepcion del cánon, el dos por ciento del precio de cada venta y otros; y no se puede negar que todo esto disminuye indirectamente las mejoras y la disponibilidad. Por consiguiente ¿no seria mucha utilidad reunir en un sugeto todos estos derechos divididos? Puede creerse que el dueño pleno se dedicará con mas gusto y afán á beneficiar su cosa. Así parece que las ventajas que se siguen de esta medida superan á los inconvenientes primero enunciados; razon que me hace inclinar á conceder en el presente caso el derecho de tanteo.

A lo menos la utilidad de esta facultad es bastante patente cuando un compro-

pietario vende á un extraño la parte de la cosa que disfruta juntamente con otro. En efecto, la comunidad de bienes por un lado es generalmente origen de discordias continuas entre los condueños, y por otro es claro que nadie tiene ganas de mejorar una cosa, cuando no ha de recibir exclusivamente él solo los frutos de los dispendios que haga; por consiguiente impide la creacion de la riqueza. Parece pues que la ley debe dirigirse á disolver la comunión de bienes, promoviendo la facultad de reunir los derechos en los propietarios; pero sin ofender al mismo tiempo á los intereses de sus dueños. Esto se verificará con el ejercicio del retracto, ó á lo menos parece que los inconvenientes que resultan de esta restriccion de libertad, son superados por las ventajas que se siguen de la espresada reunion.

Pero si ésta, mirada económicamente, es buena, es claro que cuando mas se dirija la ley á aumentar ó consolidar en un sujeto el dominio comun, tanto mas se acercará á la utilidad. Por esta razon creo que la disposicion que adjudica á cada particionario retrayente la parte enagenada por uno de ellos en proporcion de lo que posee el mismo, es fundada; pues hace que el que tenga mayor se quede tambien con mas, y de esta manera se aproxima á la consolidacion, en lugar de que sacándose por iguales porciones, se va dividiendo la propiedad. Además ¿no es cierto que el dueño de una parte considerable tiene fundadas en la cosa mayores esperanzas que el que es de una pequeña? ¿No lo es que aquel perderia mas en una reparticion igual de lo que ganaria éste?

Las mismas razones esplicadas respecto de cuando se enagena la propiedad comun, pueden aplicarse respecto de cuando se transfieren otros derechos co-

munes, igualmente que las alegadas en cuanto á los bienes inmuebles y respecto de los muebles. A lo menos es claro que tambien pueden suscitarse discordias en la comunidad de estos últimos. Mas como deja de ser comun una cosa, de cualquiera manera que se halle dividida, y por lo mismo tambien está libre del retracto; así tambien sucede si una heredad es disfrutada por dos ó mas personas repartiéndola por medio de acéquias, ó surcos ú otra medida. Entonces cada una de ellas es verdaderamente dueño privativo y esclusivo de su porcion y no debe haber lugar al tanteo. No es así cuando la division es solo mental, v. gr. que gocen por mitades ó tercias partes; pues en tal caso es claro que la comunidad de dominio no se ha disuelto todavía.

Vamos á la última clase de retractos, los que se conceden por razon de parentesco con el vendedor, llamados legítimos, gentilicios ó de abolengo. El derecho de redencion fundado en este motivo, es sin duda un derecho contrario á la plenitud de la propiedad; porque obligando á uno á vender su cosa al retrayente, se le impide hacerlo á favor de otro que mas le acomode: de aquí pues las consecuencias perjudiciales que se han notado hablando del concedido por razon de enfiteusis y comunidad. En vista de esto, la ley, que debe ser el resultado de la comparacion de bienes y males, no debe admitir este tanteo, si puestos ellos en la balanza, no se inclina por los primeros.

¿Cuáles son pues los bienes que resultan de este derecho de retraer? Yo no veo mas que uno, el evitar á ciertas personas un sentimiento de privacion, impidiendo que una finca que ha pertenecido á una familia salga fuera de ella contra su voluntad. A la verdad, aunque se diga que el de que uno tiene de conservar

á toda costa la casa en que ha nacido, se ha criado ó ha habitado por largo tiempo, se funda en una mera preocupacion, sin embargo no dejará de ser cierto que la privacion de ella, que escita en su imaginacion ideas alagüeñas, es realmente un mal; así como lo es para cualquiera el despojo de una cosa que estima mucho. Pero en mi concepto este bien del uso del retracto no queda compensado con los males que de él se siguen, como se convencerá cualquiera que examine con imparcialidad el asunto. Con él la plenitud del dominio desaparece; la libertad comercial tan útil se restringe; y se causa un perjuicio grave al vendedor. No se diga que de esta manera se aumentan los licitadores ó aficionados á la cosa, y que por lo mismo ésta debe valer mas en la venta: todo lo contrario, se disminuirán ellos, y aun los que se presentan no querrán ofrecer lo que de otra suerte darian, porque saben que no van á celebrar un contrato irrevocable, pues aun hecho éste les podrán quitar la cosa. Claro es que en estas circunstancias el dueño no podrá sacar el partido que debiera, ni tal vez hallar con facilidad compradores.

Ya en el dia este derecho del tanteo se va desterrando de las legislaciones que se reforman. Establecido por la ley de Moisés y admitido despues por el Digesto romano, fué reprobado por el código en la ley penúltima de este título fun-

dándose en esta razon: *quia gravis hæc videtur injuria, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cassata, unusquisque suo arbitrio quærere vel probare possit emptorem.* ¡Ojalá que los compositores del Fuero Real, primera coleccion de leyes que lo estableció en España, penetrados de la fuerza de este razonamiento, hubiesen copiado esta última disposicion romana!

Pero las leyes posteriores, el Ordenamiento de las córtes de Nieva, y aun las mismas de Toro, parece que tienden mas bien á restringir que á ampliar esta facultad. Así declaran que los nueve dias señalados corren aun contra los menores de edad y ausentes; que vendidas por un precio muchas cosas retractables, no se pueden sacar una y dejar las otras; que el espresado término es para todos los parientes y no para cada uno, &c. No obstante es menester confesar que la 73 de las citadas de Toro la estendió extraordinariamente, en oposicion con las del Fuero, en cuanto estableció que no queriendo ó no pudiendo el pariente mas próximo usar del retracto, tenga derecho de hacerlo el inmediato y los demás hasta el cuarto grado. En fin, es muy de esperar que si alguna vez se llega á hacer entre nosotros un código civil se corregirán estos defectos, ó mejor dicho que se suprimirá enteramente este tratado, dejando por consiguiente á cada uno en libertad de vender sus fincas á quien y como le acomode.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

...de los que se han de considerar como tales, y no como simples objetos de estudio. En efecto, el hombre es un ser complejo, y su estudio debe ser integral, considerando no solo su aspecto físico, sino también su aspecto moral, intelectual y social. Por lo tanto, el estudio del hombre debe ser un estudio holístico, que tome en cuenta todos los aspectos de su existencia.

...de los que se han de considerar como tales, y no como simples objetos de estudio. En efecto, el hombre es un ser complejo, y su estudio debe ser integral, considerando no solo su aspecto físico, sino también su aspecto moral, intelectual y social. Por lo tanto, el estudio del hombre debe ser un estudio holístico, que tome en cuenta todos los aspectos de su existencia.

...de los que se han de considerar como tales, y no como simples objetos de estudio. En efecto, el hombre es un ser complejo, y su estudio debe ser integral, considerando no solo su aspecto físico, sino también su aspecto moral, intelectual y social. Por lo tanto, el estudio del hombre debe ser un estudio holístico, que tome en cuenta todos los aspectos de su existencia.

EL BEL JOMO PRIMERO

...de los que se han de considerar como tales, y no como simples objetos de estudio. En efecto, el hombre es un ser complejo, y su estudio debe ser integral, considerando no solo su aspecto físico, sino también su aspecto moral, intelectual y social. Por lo tanto, el estudio del hombre debe ser un estudio holístico, que tome en cuenta todos los aspectos de su existencia.

...de los que se han de considerar como tales, y no como simples objetos de estudio. En efecto, el hombre es un ser complejo, y su estudio debe ser integral, considerando no solo su aspecto físico, sino también su aspecto moral, intelectual y social. Por lo tanto, el estudio del hombre debe ser un estudio holístico, que tome en cuenta todos los aspectos de su existencia.

...de los que se han de considerar como tales, y no como simples objetos de estudio. En efecto, el hombre es un ser complejo, y su estudio debe ser integral, considerando no solo su aspecto físico, sino también su aspecto moral, intelectual y social. Por lo tanto, el estudio del hombre debe ser un estudio holístico, que tome en cuenta todos los aspectos de su existencia.

...de los que se han de considerar como tales, y no como simples objetos de estudio. En efecto, el hombre es un ser complejo, y su estudio debe ser integral, considerando no solo su aspecto físico, sino también su aspecto moral, intelectual y social. Por lo tanto, el estudio del hombre debe ser un estudio holístico, que tome en cuenta todos los aspectos de su existencia.

APÉNDICE

DE LOS

FORMULARIOS CORRESPONDIENTES

Á LAS MATERIAS

CONTENIDAS EN ESTE PRIMER TOMO.



PARTE PRIMERA.

Escrituras correspondientes á la patria potestad, esponsales, matrimonio, dotes, arras, bienes parafernales y gananciales.

1.ª

Escritura de aprendiz.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos. N de N vecino de ella, dijo; que tiene un hijo llamado N de tanta edad, y ha determinado ponerlo en casa de F P. maestro carpintero de habilidad conocida, el cual se convino en admitirlo por su aprendiz, y para que tenga efecto, en la via y forma que mas halla lugar en derecho, cerciorado del que le compete.—Otorga que entrega á su hijo al mencionado F. P., por su aprendiz, á fin de que le enseñe el oficio de carpintero que ejerce, en el tiempo y con las condiciones siguientes: Que en el discurso de tres años, que cumplirán en tal día, de tal mes y año, ha de enseñarle el oficio referido perfectamente, sin ocultarle cosa alguna así de teórica como de práctica, de suerte que aplicándose, esté capáz al fin de ellos de ejercerlo por sí sin intencion, ni direccion de persona alguna, y nada ignore de lo que á él sea concerniente; y para que aprenda ha de poder corregirle y castigarle prudente y moderadamente, sin herirlo ni lisiarlo, pena de los daños; y si lo hiere ó maltratarle, ha de ser motivo suficiente para sacarlo de su poder.

Que todo el tiempo referido ha de tener en su casa y compañía al expresado A. y darle el alimento diario, ropa limpia, cama, y no otra cosa, del mismo modo que si fuera hijo suyo, y á este fin el enunciado A. ha de hacer no solo lo perteneciente á dicho oficio, sino lo que se ofrezca á su maestro, sea decente y no le impida aprender el oficio ni le ocupe el tiempo que debe estar empleado en él.

Que si cumplidos los tres años no estuviere hábil y capaz para ejecutar por sí solo dicho oficio en los casos y cosas que le ocurran á satisfaccion de inteligentes, ha de poder el otorgante sacarlo de su casa, y ponerlo con otro maestro, para que á costa del citado F., acabe de enseñarle é instruirle en sus reglas y operaciones; y queriendo impedirlo éste le ha de tener en su casa por oficial, y como tal pagarle por cada dia de trabajo tanta cantidad, segun se acostumbra pagar á los demás oficiales que ejercen el mismo oficio, y á ello se le ha de poder apremiar en legal forma.

Que si dentro de un año contado desde hoy, conociere dicho maestro que el hijo del otorgante no tiene suficiente capacidad para aprender el referido oficio, ó no se aplica, ha de tener obligacion de darle cuenta para que lo dedique á otro, de suerte que no pierda mas tiempo, ni por su omision y silencio se le irrogué detrimento alguno, pena de satisfacerle el que se estime; previniendo que por el trabajo de enseñarle en el año nada le ha de pagar en atencion á poder servirse de él, y no darle salario ni vestido.

Que al instante que el prenotado A. esté en disposicion de ejercer el oficio por sí mismo, se obliga el otorgante á satisfacer á su maestro tanta cantidad en una sola partida por el trabajo de

haberle enseñado su oficio perfectamente, á cuya solucion ha de poder compelerle por todo rigor, y á la de las costas y daños que por falta del puntual pago se le ocasionen, deferida su liquidacion en su relacion jurada, sin otra prueba, de que le releva; pero mientras no lo esté no ha de ser apremiado á su total ni parcial satisfaccion.

Que si el enunciado A falleciere ó se imposibilitare de proseguir el referido oficio antes que espiren los tantos años, no ha de tener obligacion el otorgante á de dar á su maestro cosa ni cantidad alguna por su ensenanza; ni tampoco pedirle judicial ni estrajudicialmente lo que le haya entregado á cuenta de ésta.

Que si enfermarse en casa de su maestro le ha de cuidar éste y tenerle en su casa, á menos que el otorgante quiera llevarlo á la suya, pero nada le ha de costar la botica, médico, cirujano, ni mantenimiento necesario para su enfermedad y convalecencia, pues todo queda de cuenta y cargo del otorgante; y de la del enunciado maestro únicamente el trabajo personal de su asistencia.

Que si se huyese ó ausentase de casa de su maestro sin motivo grave, ha de buscarlo el otorgante, y volverlo á ella, y el tiempo que faltare, estará además de aprendiz, de suerte que todo este tiempo y el que estuviere enfermo no se ha de incluir en los años estipulados, porque éstos han de ser íntegros sin descuento, aunque esté perfectamente instruido antes de cumplirlos, ó diga que quiere aprender otro oficio que le sea mas útil; pues no se ha de alterar este contrato con otro motivo ni pretesto que el de absoluta ineptitud, excesiva rigidez, falta de darle el alimento necesario, ó por emplear á su hijo en lo que no debe.

Que si dicho su hijo tomare ó llevare de la casa de su maestro alguna ropa, alhaja ó dinero, constando la certeza por confesion de aquel, ó por informacion fidedigna, pagará á éste el otorgante su importe ó le volverá lo que hubiere tomado sin escusa ni dilacion, y los daños que se le irroguen por esta causa, deferido el importe de éstos en su relacion jurada sin otra prueba, de que le releva: en cuyo caso queda al arbitrio del maestro el conservar en su casa ó despedir al aprendiz, no obstante que su padre le reintegre de todo. (Aquí se pondrá lo demás que pacten los interesados y luego la obligacion y aceptacion siguiente:) Y habiendo oido á la letra, y entendido esta escritura el referido F., dijo que recibe por su aprendiz al prenotado A, y se obliga á enseñarle dicho oficio con toda perfeccion por la mencionada cantidad, sin pedirle mas, y á observar este contrato y sus pactos en lo que le corresponde sin la mas leve tergiversacion, á lo cual quiere ser apremiado por todo el rigor de derecho; y ambos otorgantes dan poder á los señores jueces &c.

2.ª

Escritura de pupilo.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, F. L, padre y legítimo administrador de la persona y bienes de J. L, y F. S. maestro de primeras letras, vecinos de ella, dijeron que para que el citado F. se instruyera en éstas y en los dogmas católicos, resolvió su padre ponerlo de pupilo en casa y compañía del espresado maestro, á cuyo fin se convinieron los dos en lo que éste le ha de enseñar, dentro de qué tiempo y cuánto ha de llevar cada año por su trabajo, mantencion y asistencia; y para que tenga efecto, y en todo tiempo conste, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho.—Otorgan el mencionado F, que entrega á su hijo al enunciado F, y éste que lo recibe por pupilo, bajo de los pactos y condiciones siguientes:

Que el prenotado F. ha de instruir radicalmente en los rudimentos y dogmas de nuestra santa fe católica al nominado J, y en leer, escribir y contar dentro de tantos años, que empiezan en este dia y cumplirán en otro tal del mismo mes y año de tantos, reprehenderle cualesquiera acciones inmodestas y defectos que tenga, castigarle con moderacion y prudencia, hacer que frecuen-

te los santos sacramentos, y observe lo que debe como buen católico, sin ocultarle cosa alguna, y á este fin tenerle en su casa y compañía, mantenerle de todo lo necesario (excepto el vestido y calzado que queda de cuenta de su padre), segun dicho maestro se mantuviere, y darle cama, ropa limpia y demás asistencia como si fuera hijo suyo.

Que por cada año de los espresados le ha de satisfacer el otorgante tantos pesos, parte de ellos por razon de enseñanza, y lo restante por la comida, cama y asistencia pagados por mes 6 medios años, segun quisiere recibirlos, á cuya solucion se le ha de poder compeler por todo rigor, y á la exaccion de las costas que se le causen por no ponerlos puntualmente en su casa y poder.

Que si en el mencionado tiempo no le instruye con la perfeccion debida, ha de volver y restituir á su padre todo lo que haya recibido por su enseñanza, sin descuento, mas no por la comida; y para que esto no suceda, si viese que no es capaz, tendrá obligacion de avisarle é informarle de su ineptitud dentro de tantos meses; y no haciéndolo acreditará que no aprender depende de culpa ó negligencia suya, y no de incapacidad del pupilo, por lo que no ha de tener disculpa para eximirle de la restitution de lo que haya percibido por razon de enseñanza, y de los daños que se le irroguen, y á su hijo por esta causa. (Aquí se pondrán los demás pactos que hicieren, y luego la aceptacion del maestro y obligacion, como en la escritura precedente, la cual puede servir de regla al escribano para la ordenacion de ésta).

3.ª

Escritura de palabra de casamiento ó esponsales de futuro.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos D. F. y D. J. de tal, de estado solteros, mayores de 25 años, naturales y vecinos de ella, hijos de &c. ya difuntos, dijeron: que para vincular y radicar honesta é indisolublemente el sumo amor que se profesan, y evitar los riesgos á que están espuestos, y las infaustas consecuencias que pueden resultar en detrimento de sus conciencias y ofensa de la Divina Omnipotencia, han deliberado contraer matrimonio, y por graves inconvenientes que les obstan para efectuarlo al presente, quieren ligarse con los esponsales de futuro, á fin de que ninguno pueda separarse; y poniéndolo en ejecucion en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruidos del que en este caso les compete, de su libre y espontánea voluntad.—Otorgan que prometen y se dan mutuamente su fe y palabra de casarse por las de presente que constituyen legítimo y verdadero matrimonio, segun disposicion del concilio de Trento, para tal dia de tal mes y año, y que ninguno contraerá directa ni indirecta, tácita ni espresamente esponsales con persona alguna sin que preceda licencia y consentimiento por escrito del otro contrayente, y si lo hiciere sean nulos; y para su mayor estabilidad se dan sus manos derechas, y tales alhajas (se espresan las que sean) en señal, las que pasan á su poder reciprocamente, de que doy fe: así mismo se obligan á no reclamar este contrato, y si lo hicieren á mas de no ser oídos judicial ni extrajudicialmente, quieren ser compeliidos á su observancia como por sentencia definitiva de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la reciben, obligan á ello sus personas y bienes, se someten á los señores jueces que de esta causa deben conocer conforme á derecho, renuncian todas las leyes y fueros de su favor, y así lo otorgan y firman, á quienes doy fe y conozco siendo testigos &c.

NOTA.—En esta escritura no puse pena contra el que se retracte, ni juramento de cumplir el contrato, ni tampoco renunciacion de la ley 39, tit. 11, p. 5 que dice: que arrepintiéndose alguno de los contrayentes no está obligado á pagar la pena. La razon es, porque si se ponen, como el que ha de relajar el juramento y conocer de los esponsales es el juez eclesiástico á quien privativamente toca, puede suceder que por miedo de ser castigado el arrepentido como perjuro y compelido á la satisfaccion de la pena, se case contra su voluntad, y resultan funestas consecuencias; por

lo que no aconsejo al escribano que lo ponga, pues el matrimonio no ha de hacerse por miedo de pena sino por mútuo amor y consentimiento de los contrayentes, y el que se retracte bastante tendrá que hacer y le costará el eximirse de celebrarlo, aunque no se le ligue tanto como la experiencia lo acredita. Previendo que si los contrayentes fueren menores ó hijos de familia, deberá intervenir en los esponsales el consentimiento paternal, segun se previene en la Pragmática de 29 de Abril de 1803.

4.ª

Escritura de apartamiento y disolucion de esponsales.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, F. y F. de tal, vecinos de ella, dijeron: que aunque en tal día, mes y año, contrajeron esponsales de futuro y se dieron mútua palabra de casarse *in facie Ecclesiae*, y para su mayor firmeza se entregaron tales alhajas (se espresan las que sean), obligándose á que ninguno los contraeria con otra persona sin consentimiento por escrito del otro contrayente. Y mediante convenirles ahora apartarse de ellos, para que tenga efecto en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados de que les compete de su libre y espontánea voluntad.—Otorgan que se apartan de los referidos esponsales, los que dan por disueltos, rescindidos, nulos y de ningún valor ni efecto como si no los hubieran contraído, y los otorgantes reciprocamente uno al otro por libres é indemnes entera y absolutamente de la obligacion que por la palabra de casamiento tenia ligadas sus personas, se dejan en plena libertad, y confieren el mas eficaz é irrevocable poder que necesitan para que cada uno use de ella, y se case ó elija otro estado á su arbitrio, sin licencia, intervencion ni consentimiento del otro, del mismo modo que antes lo podian practicar sin diferencia, y como si jamás hubiera habido tales esponsales; á cuyo fin se desisten y separan de todas las acciones que para impedirseles les competian, las que dan por fenecidas y acabadas, se devuelven las referidas alhajas y suplican á los señores jueces competentes los hayan por apartados y libres enteramente para disponer de sus personas segun les convenga. Y bajo de juramento que hacen por Dios Nuestro Señor, se obligan á que jamas se pondrán impedimento, ni reclamarán esta escritura total ni parcialmente, y si lo hicieren quieren que á mas de no ofrseles en juicio ni fuera de él, se les compela á su observancia y condene en costas, y que por el mismo hecho sea vistohaberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y firmezas, añadiendo fuerza á fuerza y contrato á contrato. Y al cumplimiento de éste obligan sus personas y bienes, muebles, raices, &c, proseguirá como ya anterior.

NOTA.—En esta escritura y en la de palabra de casamiento obligarán los otorgantes sus personas, pues son las que realmente quedan obligadas aun mas que sus bienes. Si cada uno por no existir ambos en un pueblo, hiciere con separacion su apartamiento, el que lo haga primero lo otorgará con la espresa calidad y condicion de que el otro se aparte tambien, y no en otros términos, porque de no prevenirse así, puede aquel quedar ligado, y éste en libertad, lo cual no es justo.

5.ª

Escritura de licencia de padre á hijo para casarse.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos D. S. de M. vecino de ella, dijo: que D. J. de M. su hijo, menor de veinte y cinco años, procreando en su matrimonio con Doña G. de R., tiene determinado casarse con Doña M. R., de estado soltera, hija de &c., y pa

ra poder practicarlo, y que en el tribunal competente no se le oponga el mas leve obstáculo, le ha pedido la licencia y consentimiento que previene la pragmática de 28 de Abril de 1803. Y mediante concurrir en la dicha Doña M. las circunstancias apreciables que para efectuar dicha alianza y enlace, se requieren, en la via y forma que mas haya lugar en derecho.—Otorga que da y concede amplia licencia y facultad al mencionado D. J. de M. su hijo, para que sin incurrir en pena alguna, celebre, segun orden de Nuestra Santa Madre Iglesia, su matrimonio con la citada Doña M. R.; á cuyo efecto de su libre y espontánea voluntad, para que no se le ponga impedimento, presta su pleno consentimiento y beneplácito, el que se obliga en legal forma á no revocar ni reclamar con pretesto alguno, y si lo hiciere, no valga en juicio ni fuera de él, antes bien sea visto haberlo dado con mayores estabilidades; y á fin de que se le compela, da poder á los señores jueces que de esta causa deben conocer, renuncia las leyes de su favor si acaso se retrajese, y así lo otorga y firma, á quien doy fé conozco; siendo testigos fulano, fulano y fulano, residentes en esta ciudad.

NOTA.—Como si se introduce entre los casados la discordia, suelen vivir en continua guerra y buscar arbitrios para separarse, algunos escribanos rebosando perfidia é ignorancia, tienen aliento para aconsejarles que por escritura pueden hacerlo; y para obviar los inconvenientes que pueden originarse, deben tener entendido que los casados no pueden ni deben separarse perpétua ni temporalmente por escritura ni sentencia de juez lego, y que para ello es preciso que intervenga la del eclesiástico con prévio y maduro conocimiento de causa, como se prueba de los *títulos 1 y 2, part. 4, de los capitulos Parro. 3 de divortii; Cum is 4, Uxoratus 8, Ad Apostolicam 13 de convers. conjug.* y de otros que espresan las causas que anulan el matrimonio y esponsales, y por las que se permiten el divorcio, y del Concilio provincial mexicano tercero, lib. 4. tit. §. 14, que espresamente lo prohibe. Por consiguiente, si tuvieren arrojado para autorizar instrumento de esta naturaleza, son acreedores á una correccion severa, y á la suspension de oficio y multa de cuarenta pesos, aplicables por iguales partes á la fábrica de iglesia, los pobres y el acusador, como previene dicho concilio; sin que les sirva de disculpa alegar que los contrayentes lo quisieron, pues no deben hacer lo que es contra derecho y buenas costumbres, aunque lo quieran: aunque si contrajeron solamente esponsales de futuro, pueden apartarse de ellos y de la accion que en su virtud les compete sin intervencion del juez ni de otro; porque los esponsales dependen del libre asenso ó disenso de los contrayentes, y pueden deshacerse y remitirse uno de otro recíprocamente el derecho que tienen para obligarse á la celebracion del matrimonio, mediante no resultar por ellos vínculo indisoluble como por éste.

6.ª

Escritura de capitulaciones matrimoniales.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos D. P. y D. J. de tal, su muger Doña F, su hijo D. D. L. y D. E. consortes, y D. M. su hija de estado doncella, todos naturales y vecinos de esta villa, y mayores de veinticinco años, y las referidas D. J. y D. E, en uso de la licencia marital prevenida por la ley 55 de Toro, que pidieron á sus respectivos maridos, y éstos las concedieron para formalizar este instrumento de que doy fé: dijeron que mediante la divina voluntad, y para su santo servicio tienen tratado que los enunciadados sus hijos contraigan matrimonio, segun orden de nuestra santa madre Iglesia católica, apostólica, romana, y determinando darles diferentes bienes, á fin de que puedan mantener las obligaciones de su estado; y para que tenga efecto en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre y espontánea voluntad.—Otorgan que pactan y capitulan lo siguiente:

Que los mencionados D. F. y D. M., se han de casar *in facie Ecclesie* tal dia, precedida la solemnidad que previene el santo concilio de Trento, por palabras de presente que constituyen legitimo y verdadero matrimonio no resultando impedimento canónico y ni otro accidental, porque deba diferirse y velarse á su tiempo, para lo cual los espresados D. D. y D. E., prometan al citado D. F. á su hija por esposa y muger, y éstos á mi presencia se dan mutuamente su fé y palabra de futuro de casarse, de que doy fé, y se obligan á no retractarse ni contraer esponsales con persona alguna sin previo consentimiento por escrito del otro contrayente, refiriendo en él esta condicion y con licencia que sus padres les conceden, de que igualmente doy fé, se imponen la pena convencional de tantos pesos, para que el que se aparte de su cumplimiento la satisfaga al otro, y pagada ó no, ó graciosamente remitida, quieren ser apremiados por todo rigor á celebrar el matrimonio, y satisfacer las costas y daños que el infractor cause al otro interesado, cuya liquidacion defieren en su juramento, y le relevan de otra prueba: y mediante la licencia que los nominados D. P. y D. D. han dado á sus hijos para imponerse pena, satisfacerla y las costas y daños que se originen, por su contravencion, y que éstos ningunos bienes tienen al presente, quieren que se practiquen con ellos, y no con sus hijos todas las diligencias concernientes á su exaccion, á cuyo fin se constituyen principales pagadores, y se sujetan á su íntegra responsabilidad y satisfaccion.

Que los prenotados D. P. y D. J. darán al citado D. F. su hijo, tanta cantidad en tales especies, en cuenta de sus legítimas, y los enunciados D. D. y D. E. á su hija Doña M. tanta en dote con la misma calidad en dinero y bienes muebles, una y otra para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, cuyas cantidades y bienes se obligan á entregarles para tal dia, vispera de el en que se casen, y no haciéndolo así respectivamente, ninguno de sus hijos ha de ser compelido á casarse; y si por algun accidente no pudiera ser efectiva su entrega, queda á eleccion de éstos el cumplir ó no la palabra dada, por cuyo motivo se han de anular, como desde ahora anulan, los esponsales contraidos.

El mencionado D. F. atendiendo á la honestidad, virtud, y loables prendas de que está naturalmente adornada su futura esposa, y usando de la facultad legal que tiene, la ofrece por aumento de dote, ó en arras y donacion *propter-nuptias* segun mas útil y propicio la sea, si llegare á efectuar se el matrimonio, tanta cantidad que confiesa, cabe en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han prometido, en los que, y en los demás que adquiriese, constante él se la consigna á su eleccion, y quiere que goce del privilegio concedido por derecho á esta donacion.

Que ha de otorgar á favor de su futura esposa carta de pago y recibo así de los bienes que sus padres le ofrecieron en dote y lo entreguen, como de los demás que lleve á su poder, y la regalen otras cualesquiera personas, previniéndole con toda claridad, distincion y separacion, para que si sobreviviere á sus padres, no esté obligado á traer á la colacion y particion con sus hermanos mas cantidad que la que le prometieron y dieron de su propio caudal; y en ella reiterará la donacion que la deja hecha: á todo lo cual se obliga en forma, como igualmente á formalizar á su favor escritura de aumento de dote, en el caso que sus padres mueran de lo que por su fallecimiento la toque, á fin de que constando el importe de su legitimo haber, no sea perjudicada en él, y sobre los efectos que haya lugar.

Y para que este contrato sea recíprocamente igual, se obligan dichos D. D. y su hija, á otorgar tambien á favor del enunciado D. F. el correspondiente documento del capital de los bienes que lleva á su matrimonio, y demás que herede por muerte de sus padres ú otro motivo, á fin de que al tiempo de su disolucion, se tengan y estimen por suyos propios, se deduzcan antes que los gananciales y despues de la dote, arras y demás que herede la espresada Doña M. y ninguno sea perjudicado en su haber legitimo; y si el mencionado D. D. no concurriese á su otorgamiento, se tenga y sea suficiente que lo firme la prenotada su hija, sin que se necesite otra diligencia ni citacion judicial ni estrajudicial, ni por esta causa deje de obrar los efectos correspondientes cuando el matrimonio se disuelva.

Los referidos D. P y D. D. y sus mugeres se obligan á no mejorar en el tercio de sus bie-

nes por contrato entre vivos, ni en última disposicion á los demás hijos suyos; y si lo hicieren, quieren que no valga, y que la mejora se tenga y estimo como no hecha, para lo cual se conforman con lo dispuesto por la ley 22 de Toro; previniendo que si les hiciesen algun legado, se ha de deducir del quinto, y no entenderse parte del tercio, aunque en él se espresé y mande lo contrario.

Aquí se pondrán las demás condiciones que los otorgantes quisieren, y proseguirá la escritura en la forma siguiente.

Con cuyas calidades y condiciones formalizan esta escritura los otorgantes, y al cumplimiento de su testamento obligan todos sus bienes muebles, raíces, derechos y acciones presentes y futuras; dan amplio poder á los señores jueces de esta ciudad para que los compelan a él como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida que por tal la reciben renuncian todas las leyes, fueros y derechos de su favor para que jamás les aproveche su auxilio; y las susodichas D. J. y D. E. renuncian la ley 61 de Toro, que dice: (Aquí se pondrá la cláusula que extenderé en el cap. 29, § 16, tit. 4 del lib. 2: y luego dirá): Así lo otorgun y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano vecinos de esta villa.

NOTA.—No puse en la escritura precedente de capitulaciones la solemnidad correspondiente á los contratos de menores, porque supongo que los esposos de futuro son mayores de veinticinco años, y que están bajo la patria potestad; pues no es incompatible que lo sean y lo estén; pero si fueren menores, no lo omitiré el escribano. Notarán algunos que solo hice mencion específica de la ley 61 de Toro, y omití la renunciacion de las demás civiles que los escribanos acostumbran poner en los contratos de mugeres, sin mas motivo que ser costumbre; y para satisfacer á su reparo, les digo que cuando la muger se obliga por su hecho propio por ser realmente principal obligada, y no fiadora, no tiene que hacer mas renunciacion que el hombre mayor de veinticinco años capaz de contraer; porque no la favorece en este caso la disposicion del emperador Justiniano, y el senado consulto Velejano, ni otra civil, canónica ni real, y antes bien queda obligada, como se prueba de unos textos civiles que citaré en dicho capitulo; excepto que haya dolo, violencia ó miedo grave que cae en varon constante, pues justamente, aunque sea hombre el contrayente, se anulará el contrato: á mas de que por la dote que promete á su hija, y donacion que hace á su hijo, queda obligada, segun consta de las leyes. Si donare. 12 Cod. ad senatusconsultum Vellejanum, y 4, tit. 3 lib. 10, Nov. Rec. interviniendo para ello, si estuviese casada, licencia de su marido; con que en estas circunstancias es absurdo, y no viene al caso el renunciar leyes que no hay ó no versan en el asunto, y solo seria bueno hacer la renunciacion cuando se constituye fiadora; pero entonces ha de ser de la ley de Partida que se lo prohíbe, bien que en algunos casos quedará obligada sin este requisito, como mas extensamente explicaré en el citado capitulo.

7.^a

Escritura de capital.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos J. L., natural de ella y muger de P. R., vecino de esta villa, dijo: que en tantos de este mes contrajeron matrimonio, antes de verificarlo pactaron que la otorgante habia de formalizar á su favor el correspondiente resguardo que acreditase los bienes y efectos que tenia y llevó á él, y cumpliendo con lo estipulado, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorada del que le compete, de su libre y espontánea voluntad.—Otorga, confiesa y declara que el referido su marido traía á su matrimonio, y tenía por caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aquí se pondrán los bienes por clases, precios y partidas como en las escrituras precedentes.

Importan los bienes espresados tantos mil pesos, salvo error de pluma ó suma, de cuya cantidad la otorgante se da por contenta y satisfecha á su voluntad; y aunque no parecen de presente, por ser cierta y efectiva su existencia, y haberlos traído su marido y puesto por fondo en la sociedad conyugal, y tenerlos cuando se casaron, renuncia la ley 9, tit. 1, part. 5, que trata de la entrega y recibo, los dos años que prefiere para justificarla y la excepcion que podia oponer de no haberlos traído, y otorga á favor de su marido el resguardo mas eficaz que á su seguridad conduzca. (Aquí se pondrá la declaracion de ser justa la tasacion como en la primera escritura dotal: pero no se ha de renunciar la ley 16 del tit. 11, part. 4, porque habla de la dote, y no del capital del marido, y éste no goza del privilegio de aquella; y luego proseguirá en esta forma:) En su consecuencia se obliga á tener por caudal del citado su marido todos los mencionados bienes, y los que herede y adquiera por donacion ú otro contrato lucrativo de algun pariente ó extraño, deducido primero el importe de la dote y arras de la otorgante, y demás que por herencia, legado, donacion ó cesion recaigan en ella, para que á ninguno se perjudique en los gananciales que pueda haber cuando el matrimonio se disuelva, á lo que quiere ser compelida por todo rigor legal; y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes dotales, parafernales, hereditarios, y da amplio poder á los señores jueces de esta villa para que á todo la apremien como por sentencia &c. (Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, sumision y renunciacion de leyes que dejo estendidas en la escritura de capitulaciones, y el juramento que estenderé adelante, previniendo que si otorga el capital antes de casarse, no necesita juramento; y luego prosigue la escritura:) Y el enunaciado P. R. jura igualmente por Dios nuestro Señor y á una señal de Cruz en solemne forma, que todos los bienes contenidos en este capital son suyos propios; que no están afectos á responsabilidad alguna; y que &c. (Aquí tendrá presente el escribano lo que expliqué anteriormente, y lo pondrá segun ocurra el caso y sea el caudal; pues si el marido no tiene deudas á su favor, es supérfluo decir que de clarará las que cobre ó no, ni mencionar gastos de cobranza; y si los bienes son muebles, tampoco hay que hablar de cargas, y basta jurar que son suyos, y que no tienen deudas contra sí ó espresar las que sean, y añadir que no tiene mas.)

NOTA.—Omití en esta escritura la licencia de marido á muger, que previene la ley 55 de Toro; porque por el mismo hecho de otorgarla á su favor, es visto dársele, y este es uno de los casos en que no la necesita, como he explicado pero conviene poner el juramento y declaracion del marido ó del novio, no porque el instrumento lo requiera precisamente para su validacion, sino para que la muger no sea perjudicada en los gananciales al tiempo de la disolucion del matrimonio, pues algunos dicen que son ricos, y si se averigua, suelen ser muy pobres, por estar debiendo tanto ó mas de lo que tienen y por medio del juramento se apura la verdad. Así sucedió en cierto capital que pasó ante mí, que habiéndome dado el marido futuro puntual razon de los bienes que poseia y sus precios cuya tasacion excedia de veinte mil pesos, le dije que habia de declarar con juramento qué deudas tenia contra sí; y aunque no le sentó bien esta proposicion, porque no queria que se descubriesen, se vió precisado á darme razon de ellas, y quedó reducido su haber á poco mas de tres mil, y si no hubiera usado de esta precaucion, hubiera sido perjudicada gravemente su muger. Pero prevengo que no basta poner el juramento en la escritura, sino que al tiempo de otorgarla debe recibírselo el escribano en solemne forma. Mas si el hijo está bajo de la patria potestad, y sus padres le entregan los bienes que lleva al matrimonio, es ocioso el juramento; porque como no puede haberlos gravado ni contraer sin la paternal licencia, y aunque contraiga para cuando se case ó herede, es nula la obligacion que constituya como dice la ley 17, tit. 1, lib. 10, Nov. Rec. que he insertado, no es necesario su juramento ni concurrencia. Y se previene lo primero, que si la muger dota al novio, se ha de poner la dotacion por aumento del capital de éste en la escritura, con la cláusula de que, aun cuando el novio muera antes que ella, tengan derecho al importe de la dotacion los herederos de él, y puedan exigirlo como donacion *propter nuptias*, he-

cha por contrato oneroso que obliga al novio á disponer de su persona; y si éste nada lleva, se dirá que la novia le hace la donacion para que se tenga por capital suyo, y se obligará á su entrega, disuelto el matrimonio: todo lo cual se entiende no pactando otra cosa. Esta donacion y el instrumento deben hacerse antes de casarse para su estabilidad, espresando que si el novio muere antes, no se tenga por hecha durante el matrimonio, pues por derecho es nula: lo que tendrá presente el escribano para evitar dudas y pleitos. Y lo segundo, que si la novia es viuda y tiene sucesion legitima del anterior marido, no puede exceder la donacion que haga el novio en vida y muerte del quinto de sus bienes, de cuyo importe deberá enterrarla y hacer sus exéquias funerales en caso que la sobreviva, existiendo la sucesion.

OTRA.—Precediendo capitulaciones matrimoniales al casamiento, pueden formalizarse las escrituras de dote y capital bajo de un contexto para evitar gastos á los interesados, hablando en la introduccion los dos, despues seguirá el marido solo con la recepcion de la dote y obligacion á responder de ella, y luego su muger con el otorgamiento del capital; volviendo á hablar los dos en la conclusion del instrumento, y obligacion general respectiva de cada uno á su cumplimiento. Lo mismo se puede practicar antes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido aunque no haya capitulaciones; pues ni para lo uno ni para lo otro hay prohibicion legal, por lo que es arbitrario en el escribano é interesados el hacer así cada instrumento, ó separadamente.

Escruturas correspondientes al tratado de la dote.

- | | |
|--|---|
| 8.ª Carta de pago y recibo de dote. | 10.ª Carta de dote confesada. |
| 9.ª Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales. | 11.ª Modo de estender la carta de dote y capital en virtud de aprecio judicial. |

8.ª

CARTA DE PAGO Y RECIBO DE DOTE.

En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos A. de M. de estado soltero, mayor que expresó ser de veinticinco años, y por sí propio se gobierna, natural de esta misma ciudad, é hijo legitimo de legitimo matrimonio de P. de M. y de A. L, difunta, vecinos y naturales que fueron tambien de ella, dijo: que á honra y gloria de Dios y para su santo servicio, está tratado de casarse in facie Ecclesiæ con R. C, del mismo estado y naturaleza, hija legitima y de legitimo matrimonio de F. C y G. D, así mismo difuntos, vecinos y naturales que igualmente fueron de ella, á cuyo fin precedieron las tres amonestaciones que manda el santo concilio de Trento, y que la mencionada su futura esposa prometió llevar diferentes bienes, muebles y dinero, y entregarlos al otorgante por dote y caudal suyo propio para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, con tal que formalice á su favor la correspondiente escritura, á lo que condescendió; y para que tenga efecto en la mejor forma que haya lugar en derecho.—Otorga que recibe en este acto de la precitada su futura esposa por dote y caudal suyo propio los bienes siguientes:

Aquí se ponen los bienes por clases, partidas y precios, con señales individuales; y prosigue la escritura.

Importan á una suma los bienes y dineros que comprenden las partidas precedentes, tantos mil pesos, salvo error de suma y pluma, de los cuales el otorgante se da por contento y entregado á su voluntad, por recibirlos en este acto de la mencionada su futura esposa, á mi presencia y de los testigos que se nominarán, de que doy fé; y como real y efectivamente satisfecho de ellos, formaliza á su favor el resguardo mas firme y eficaz que á su seguridad con-

duzca; y declara que los bienes referidos han sido valuados por personas inteligentes electas de conformidad de ambos interesados, y que en su tasacion no hubo lesion ni engaño, y en el caso que lo haya, del que sea, en poca ó mucha suma, hace á favor de su futura esposa gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable inter vivos, con insinuacion y toda la firmeza legal necesaria, y á mayor abundamiento aprueba y ratifica la citada tasacion, y se obliga á no reclamarla, y si lo hiciere, sea visto por lo mismo haberla aprobado nuevamente, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato, á cuyo fin renuncia la ley 16, tit. 11, Part. 4, que dice: que si el que da ó recibe la dote apreciada, se siente agraviado desu valuacion, puede pedir que se deshaga el engaño en cualquier cantidad que sea, aunque no llegue ni exceda de la mitad del justo precio, como en las ventas, y las demás leyes que le sean propicias, para que en ningun tiempo le sufragen. Y en atencion á la virtud, honestidad y loables prendas de que está adornada su futura esposa, la ofrece por aumento de dote, ó en arras y donacion *propter nuptias*, segun mas útil la sea, para en el caso que se efectúe su matrimonio, y no de otra suerte, tantos mil pesos que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente posee, y por si no tienen cabimento, se los consigna en los mejores, mas bien parados y efectivos que adquiera en lo sucesivo, á su eleccion; y unida dicha cantidad á la dotal, asciende su total suma á tantos mil pesos de la propia especie, los cuales se obliga á restituir y entregar en dinero efectivo á su futura esposa, ó á quien su accion tenga, luego que el matrimonio se disuelva por cualquiera de los motivos prescritos por derecho, y á ello quiere ser apremiado por todo rigor, como tambien á la solucion de las costas que en su exaccion se causen, cuya liquidacion defiere en su juramento y la releva de otra prueba, para lo cual renuncia la ley penúltima de dicho título y Partida, y el término anual que le concede. Y para poder cumplir lo referido mas puntual y exactamente, se obliga tambien no solo á no disipar, gravar, hipotecar, ni sujetar á sus deudas, crímenes ni excesos el importe de esta dote y arras, sino antes bien á tenerlos prontos para la restitution, y que en todo evento gocen del privilegio dotal. Y al cumplimiento de todo lo referido obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; da amplio poder á los señores jueces de esta villa para que á ello le compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la recibe; renuncia todas las leyes, fueros y privilegios de su favor; y así lo otorga y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano Fulano y Fulano, vecinos de esta misma ciudad.

NOTA. La escritura anterior es de dote estimada que causa venta, en la cual puse la obligacion de restituir su importe y no los bienes, porque como se trasfiere su dominio al marido y puede hacer de ellos lo que quisiere, solo cumple con dar su estimacion, y á ello se le puede apremiar; mas esto no quita que se añada esta cláusula. Y en el caso de que haya algunos existentes al tiempo de la disolucion del matrimonio, si no pudiere satisfacer en dinero el total importe de los muebles dotales, ha de cumplir con restituir los que existan, y por la deterioracion que hayan padecido y por los consumidos, su valor en otros equivalentes á justa tasacion, segun los ha recibido, para que no sea perjudicada en su dotal haber. Esta cláusula es justa; bien que sin embargo de que no se ponga, siempre tiene la muger ó su heredero derecho prelativo á los que llevó y existen, porque en la estimacion no pierden la naturaleza de dotales, como dejo espuesto, y aunque la es mas conveniente que la cláusula se ordene segun queda dicho en la escritura, y que los bienes de su dote se estimen y entreguen apreciados al marido con estimacion que cause venta, es mas gravoso á éste recibirlos estimados, especialmente si son animales ó muebles que se deterioran ó consumen con el tiempo y uso; y obligarse á restituir en dinero lo que no se le entrega, en él, ni en plata ni oro, por su intrínseco valor, es muy duro y gravoso al marido, así por no haberlo recibido en estas especies, como porque en venta nunca dan por los muebles, ni con mucho, el importe de su valuacion, al modo que es muy equitativo y arreglado hacer la paga en bienes equivalentes á justa tasacion, segun se le entregaron, pues no se pone de peor condicion su muger, ni se la irroga detrimento. Y así aconsejo al escribano que no ponga la cláusula de la restitution en dinero del

valor de los bienes muebles, excepto que el novio lo quiera, sino en otros equivalentes á justa tasacion.

Pero si fueren raices, ó alhajas preciosas ú otras que no se consumen con el tiempo y uso, como los vestidos, se pondrá la cláusula de que se obliga á volverlos por el precio en que se estimaron al tiempo de la entrega, y en caso que por su culpa ú omision padezcan algun detrimento, á resarcirlo en dinero, probada que sea, y no en otros términos. De esta suerte se evitan muchos pleitos y perjuicios al marido y á sus herederos, pues pueden restituir las mismas alhajas mediante no transferírseles el dominio de ellas; y si en la valuacion hubo agravio, reclamarlo al tiempo de su restitution, especialmente no siendo inteligente en materia de tasaciones, al modo que siempre que en cualquier cuenta haya error, debe deshacerse. Pero se previene al escribano que si la novia es hija de familia, tiene mas hermanos, y además de la dote que sus padres la dan, lleva algunos bienes heredados de otra parte ó regalados por el novio ó por otras personas, deben ponerse en la escritura dotal con separacion y distincion, y espresarse en ella su importe y de qué proviene, para que por muerte de sus padres no tenga que colacionarlos todos como si provinieran de su caudal, ni sea por esta razon perjudicada; advirtiéndose que por muerte de éstos, colacionará los que la den en cuenta de su legítima y no los demás, pues de faltar esta claridad resultarán pleitos, á que no se debe dar lugar.

9.a

Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, D. F. de tal, natural y vecino de ella, dijo: Que está tratado de casarse con D. M. de tal, á cuyo efecto precedieron las tres amonestaciones que previene el santo concilio de Trento, y entre los contrayentes y sus padres escritura de capitulaciones matrimoniales, que todos otorgaron en ésta á tantos de tal mes y año ante Fulano, escribano real, por la cual se obligaron á entregar á dicha D. M., su hija, tanta cantidad en dote, y el otorgante á formalizar á su favor la correspondiente carta de pago y recibo, como entre otras cosas resulta de la citada escritura, cuya copia original se une á ésta para documentarla, é insertar en sus tratados y su literal tenor dice así:

Aquí la escritura de capitulaciones.

La escritura inserta concuerda con la que se halla en el protocolo de ésta, de que doy fé; y en consecuencia de lo estipulado en ella, mediante aproximarse el dia del desposorio, y estar prontos los padres de la espresada D. M. á cumplir con la obligacion contraida, el otorgante en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete.—Otorga que recibe ahora al contado de D. D. y D. E. de tal, padres de la enunciada D. M., por dote y caudal propio de ésta, y en cuenta de sus legítimas los bienes siguientes:

Aquí los bienes como en la primera escritura dotal.

Importan los referidos bienes tantos mil pesos, de que el otorgante se da por entregado, por haberlos recibido real y efectivamente en este acto de los espresados D. D. y D. E. á mi presencia, y de los testigos infrascritos, de que doy fé; y como apoderado de ellos, formaliza á favor de su futura esposa y de sus padres el resguardo mas eficaz que á su seguridad conducen, los da por libres é indemnes de su responsabilidad, por rota, nula y cancelada la escritura de capitulaciones, y por estinguida la obligacion que contiene, para que en ningun tiempo obre el menor efecto; y en su consecuencia declara que &c. (Aquí se pondrá la declaracion de no haber lesion ni engaño en la tasacion de los bienes como en la escritura primera de dote; y luego proseguirá;) Y reiterando el otorgante la promesa de arras hecha en la referida escritura, desde luego ofrece de nuevo á su futura esposa por aumento de dote ó en arras y donacion propter nuptias tanta cantidad, que confiesa cabe en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han entregado, segun resulta del capital formalizado en este dia con arreglo á lo

pactado en la quinta condicion de la citada escritura, cuya cantidad le consigna en ellos y en los que en lo sucesivo adquiera, y unida á la dotal compone y asciende su total suma á tantos pesos, los que se obliga á restituir &c. (Proseguirá como en la escritura primera de dote).

NOTA.—En esta escritura supongo que la novia no llevó mas dote que la que sus padres le dieron, por lo que no puse declaracion alguna; pero si llevare mas bienes por habérselos regalado sus parientes ó estraños, como suele suceder, se han de espresar con toda claridad, distincion y separacion, como dejo advertido en la nota puesta á continuacion de la primera escritura; porque de omitirlo, si tiene hermanos, que-rrán obligarla á recibirlo todo en cuenta de sus legítimas al tiempo de la particion, como si todo fuese patrimonial, á lo que no está obligada segun la ley 6, tit. 15, part. 6, y la será difícil justificar despues el regalo. Tambien conviene que los padres de la novia lo declaren, y firmen la escritura dotal, para que los hermanos de ésta no duden de la certidumbre del regalo, ni supongan que quisieron mejorarla en su perjuicio estándoles prohibido: lo que tendrá presente el escribano para prevenirlo á los interesados.

OTRA.—Supongo igualmente que la novia está bajo la patria potestad; pero si estuviere fuera de ella, y despues de casada entregare los bienes á su marido, y éste se hallare por consiguiente apoderado de ellos, se otorgará la escritura de recibo con confesion de él, y no con fé de entrega; pues es absurdo estando apoderado de ellos, decir que su muger se los entrega, y dar fé de ello el escribano, como si los recibiera entonces de otra mano: lo que le prevengo para que no dé fé falsa, ni sea tenido por ignorante; pues la fé de entrega se ha de dar solamente cuando los recibió, y no cuando antes de otorgar el recibo los tiene en su poder.

10.^a

Carta de dote confesada.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos L. de R. (Aquí se pondrá su naturaleza, vecindad y filiacion) dijo: que en tantos de tal mes y año, contrajo matrimonio *in facie Ecclesiae* con F. M. de estado doncella. (Aquí la naturaleza y filiacion de ésta), la cual trajo á su poder por dote y caudal suyo propio diferentes bienes, que entonces se valuaron, y ascendió su valor á tantos pesos, y de ellos ofreció otorgar á su favor el competente resguardo, y la prometió por aumento de dote ó en arras, y donacion *propter nuptias* tanta cantidad, y por la celeridad con que se casaron, graves ocupaciones y ausencia del otorgante, y otros motivos que concurrieron, no pudo formalizarlo; y mediante tener ahora proporcion para ello, cumpliendo con la promesa hecha.—Otorga y confiesa haber recibido real y efectivamente de la referida su muger, y que ella trajo por dote y caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aquí se pondrán los bienes como en la escritura precedente.

Importan á una suma los bienes espresados tantos mil pesos, salvo error, de que el otorgante se da por contento y entregado á su voluntad, por haberlos recibido de la mencionada su muger, y traído ésta á su poder por dote y caudal suyo propio al tiempo que contrajeron matrimonio, cuya entrega ha sido cierta y efectiva; y por no parecer de presente, renuncia la excepcion de la *non numerata pecunia*, la ley 9 del tit. 1, p. 5 que de ella trata, los dos años que prefine para la prueba de su recibo, que da por pasados como si lo estuvieran, y las demás leyes que le favorecen, y otorga á favor de la precitada su muger el resguardo mas firme y eficaz que á su seguridad conduzca. (Proseguirá como la anterior hasta la oferta de arras, y entonces dirá): Y cumpliendo con la oferta que hizo á su muger de tantos pesos por aumento de dote ó en arras y donacion *propter nuptias*, desde luego en atencion á su virtud, honestidad y relevantes prendas, reitera, y siendo necesario le hace de nuevo dicha oferta, y confiesa que los tantos pesos ~~habían entonces y taben actualmente~~ en la décima parte de los bienes libres

que posee, y en el caso de que no quepan, se los consigna &c. (Proseguirá como la antecedente).

NOTA.—Si la dote consiste en dinero, se espresará la cantidad en el ingreso de la escritura, y lo propio se hará aunque consista en bienes muebles tasados, en caso que no se tenga presente específicamente los que fueron sino solo su importe; y si el marido quiere jurar haber sido cierta la entrega de ellos, bien puede sin que el escribano incurra en pena por poner en la escritura el juramento.

11.

Del modo de estender la carta de dote y capital en virtud de apremio judicial.

Cuando el marido es omiso, ó no quiere otorgar la carta de dote á favor de su muger, puede compelerle á ello el juez de su domicilio, ante quien en este caso ocurrirá la muger con pedimento, presentando memoria ó relacion de los bienes que llevó al matrimonio y sus precios, haciendo espresion del dia, mes y año en que lo contrajo, de los motivos que entonces hubo para que su marido no otorgase á su favor carta de pago y recibo de ellos, de la que prometió formalizarla luego que se casasen, de que aunque ha pasado tanto tiempo, y le instó repetidas veces que la otorgase, no pudo conseguirlo, y de que está en descubierto y espuesta á ser perjudicada en su dotal haber; y pretendiendo que el juez mande que bajo de juramento declare si es cierto llevó á su poder por dote y caudal suyo cuando se casó los bienes contenidos en la memoria presentada, que entonces se valoraron é importaron la misma cantidad, y que de ellos la ofreció otorgar el correspondiente resguardo y no lo cumplió; y estando negativo que con su citacion se la reciba informacion de ello, y constando la certeza por uno ú otro medio, se le apremie á su otorgamiento. A esta pretension deferirá el juez, y evacuada la declaracion ó informacion, se hará en la escritura dotal relacion suscinta de estos autos, los que se unirán originales con la memoria, é insertarán en ella y en lo demás no se diferenciará de la dote confesada. Si el marido se resiste al otorgamiento, se le acusan tres rebeldias, y en el último auto manda el juez que se le tengan por bienes dotales de la muger los comprendidos en la memoria, y que de los autos se le dé el conducente testimonio á la letra para su resguardo, lo cual perjudicará al marido y á sus herederos del mismo modo que si la otorgara. Se previene que estos autos deben protocolarse en las escrituras de aquel año, y que la muger no necesita licencia de su marido para comparecer en juicio á dicho efecto, porque usa contra él de sus acciones civiles á fin de no ser perjudicada. Lo mismo puede practicar el marido cuando los padres de su muger no quieran concurrir con ella al otorgamiento de su capital, pues con su citacion puede autorizarla el juez para su otorgamiento, y por su rebeldia les perjudicará como si hubieran concurrido, y su importe se estimará por caudal del marido al tiempo de la disolucion del matrimonio.

12.

Escritura de arras.

En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos P. F., natural y vecino de ella, de estado soltero, é hijo legítimo de &c., dijo: que está tratando de casarse in facie Ecclesiæ con L. M. del mismo estado, hija legítima de &c. y natural de tal parte, y que atendiendo á la honestidad, virtud y otras loables prendas que en ella concurren, determinó hacerla cierta donacion propter nuptias; y para que conste y tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre y espontánea voluntad. Otorgó.

ga que promete en arras y donacion *propter nuptias* á la espresada L. M. su futura esposa, tantos mil pesos, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente tiene, y si no cupieren, se los consigna en los que en lo sucesivo adquiriera á su eleccion, para que gocen del privilegio concedido á esta clase de donacion ó del que la sea mas favorable y útil, si se efectuase el matrimonio que tiene tratado y no de otra suerte; y en el caso que ésta se disuelva por alguna de las causas prescriptas por derecho, se obliga y á sus herederos, á satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, á cuyo fin los tendrá prontos para su entrega, bajo la pena de tanto, que se impone en caso de contravencion, á la cual se obliga, y á la satisfaccion de las costas, intereses y daños que se originen en su exaccion á su futura esposa ó á quien la represente, cuya liquidacion defiere en su juramento, la releva de otra prueba, y quiere ser apremiado por todo rigor legal. Así mismo se obliga á no revocar esta donacion y oferta, ni reclamarla con pretexto alguno, y si lo hiciere sea visto por el propio hecho haberla aprobado y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza y contrato á contrato; y al cumplimiento de éste obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones.

NOTA.—Si el novio da ú ofrece en arras á la novia cosa raiz determinada, se espresarán sus linderos, valor, sitio y demás señales conducentes, y la conferirá poder para tomar posesion de ella; y para que no sea necesario tomarla, se pondrá la cláusula de constituto que entenderé en otro lugar, y en este caso puede tambien imponerse pena en defecto del cumplimiento del contrato, como se prueba de la ley 87, tit. 18, part. 3, que trae la forma de ordenar esta escritura. Si ofrece las arras por aumento de dote, gozarán del privilegio de ésta; y pactando que si la novia muere antes, ningun heredero suyo ha de tener derecho á ellas, ni de poder demandarlas jamás, ni sus hijos, aunque los deje y lleguen á tomar estado, pues solo la novia ha de poder exigir las de sus bienes en caso que le sobreviva, y ceder esta oferta en beneficio personal y privativo suyo; y para con sus herederos legítimos y estraños en testamento y abintestato entenderse nula y como no hecha, si fallece antes que el novio; valdrá el pacto y deberá observarse, y no estará obligado á entregarlas, ni su importe á los herederos que ella instituya. Lo mismo se observará con otra cualquiera condicion permitida y honesta, que imponga al tiempo de su oferta, como todo donante la pueda imponer entonces.

13.

Pedimento y demás diligencias para la adopcion.

El C. F. L., vecino de esta villa, ante vd., como mas haya lugar, digo: Que con motivo de hallarme viudo en edad avanzada, con caudal considerable y sin herederos forzosos ni esperanza de tenerlos, he resuelto adoptar á J. Y., hijo de A. Y., difunto, el cual está pobre y huérfano, y tiene catorce años de edad, como consta de la certificacion ó fé de bautismo que presento, y consiente ser adoptado: mediante lo cual, y que de ejecutarse la adopcion se le sigue notoria utilidad, para que tenga efecto.—A vd. suplico se sirva haber por presentada dicha certificacion; mandar se me reciba informacion al tenor de este pedimento, y constando su certeza en la parte que baste, deferir á mi pretension, y concederme licencia para formalizar la escritura de adopcion correspondiente, interponiendo en ella su autoridad y judicial decreto para su mayor estabilidad; pues así procede de justicia que pido, y para ello &c.

AUTO.

Por presentada la certificacion que refiere: recíbese la informacion que esta parte ofrece, y hecha se traiga para proveer: el señor N., juez de esta ciudad de tal, lo mandó á tantos de tal mes y año.—Media firma del juez.—Ante mí, N.

INFORMACION.

TESTIGO PRIMERO.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, F. L. contenido en el pedimento anterior, cumpliendo con lo prevenido, presentó por testigo á A. P., vecino de ella, de quien por ante mí el señor juez recibió juramento por Dios Nuestro Señor y la señal de la Cruz en forma de derecho, el cual lo hizo como se requiere, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado; y siéndolo al tenor del pedimento referido, dijo: Que conoce de vista, trato y comunicacion al mencionado F. y á J. Y., hijo de A. Y. difunto, por cuya razon sabe y le consta que el enunciado F. es anciano, rico, de buena vida y fama, y no tiene descendientes ni otro heredero legitimo, y que el prenotado J. ya habrá cumplido catorce años de edad, porque segun hace memoria nació en el de tantos, sobre lo que se remite á la partida de su bautismo; y parece al declarante que de adoptarlo el espresado F. se le seguirá mucha utilidad y beneficio, pues cumpliendo como buen hijo adoptivo, le instituirá por su heredero y le quedará lo suficiente para subsistir con decencia de lo que actualmente se halla imposibilitado, porque está pobre, huérfano, y no tiene oficio con qué ganar de comer, y es lo que sabe, puede declarar, y toda la verdad bajo dicho juramento, en que se afirma, ratifica y lo firma (ó no firma por no saber), espresa tener tantos años poco mas ó menos de edad, que con ninguno le tocan las generales de la ley de que le preguntó el señor: doy fê.—Media firma del juez.—Firma del testigo.—Ante mí, N.

Conforme á este testigo han de declarar otros dos, y lu ego corresponde el siguiente:

AUTO.

En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, el señor D. N., juez de ella, habiendo visto estos autos, hecho comparecer á su presencia á F. L. y J. Y., contenidos en ellos, y examinado la voluntad y consentimiento de ambos, tomó de la mano al citado J. y lo entregó al enunciado F., el cual lo recibió por su hijo adoptivo, y en su consecuencia le concedió amplia facultad para que otorgue la escritura de adopcion con las cláusulas por derecho prescriptas para su estabilidad, interpuso en ella su autoridad en legal forma, mandó que estos autos se unan á su protocolo, é incorporen en sus traslados para documentarla, y lo firma, de que doy fê.—Firma entera del juez.—Ante mí, N.

14.

Escritura de adopcion.

En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos, F. L. vecino de ella, dijo: Que con motivo de hallarse anciano sin herederos legitimos ni esperanza de procrearlos y con caudal copioso, determinó adoptar á J. Y., hijo de A. Y., difunto, y á este fin, precedidas las diligencias prescriptas impetró licencia del señor D. N., juez de esta ciudad, cuyos autos obrados se unen á esta escritura para documentarla, é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor dice así: (Aquí se copian los autos, y luego prosigue la escritura). Conuerdan los autos insertos con los que están en el protocolo de esta escritura, de que doy fê; y usando el otorgante de la licencia que incluye el último, de su libre y espontánea voluntad, en la mayor via y forma que haya lugar en derecho.—Otorga, que recibe por su hijo adoptivo al mencionado J. Y. y en su consecuencia, promete, y se obliga á tratarlo, educarlo, cuidarlo y alimentarlo como si fuera su hijo legitimo, y á instituirlo por heredero en el caso que subsista en su poder al tiempo de su fallecimiento, y si por natural olvido ó por otra causa no lo hiciere, quiere que sea habido por instituido, como desde ahora le instituye por tal; y que en

dicho caso herede sus bienes íntegramente. Así mismo se obliga á que si el citado J. heredare ó le donaren algunos mientras esté en su compañía, y luego saliere de ella, se los entregará sin desfalco, ó á quien sea parte legítima para su percibo, incontinenti, que sea requerido, y consiente ser apremiado por todo rigor legal, no solo á su entrega, sino á la solucion de las costas, daños y perjuicios que en su exaccion se le causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y le releva de otra prueba. Igualmente se obliga á no reclamar esta escritura, ni alegar excepcion, aunque le favorezca, y si lo hiciere, no se le admita judicial ni estrajudicialmente, y sea visto por el mismo hecho haberla aprobado y ratificado, á cuyo fin da amplio poder á los señores jueces &c. (Aquí se pondrán las generales, y prosigue). Y el mencionado J. Y. que está presente, enterado de esta escritura, dijo que acepta la adopcion que contiene, y en reconocimiento de hijo adoptivo se hincó de rodillas, besó la mano al enunciado F. L., y le dió las gracias por el beneficio de haberle adoptado: y ambos así lo otorgaron y firman, á quienes doy fé conozco, siendo testigos &c.

NOTA.—No puse en esta escritura la cláusula de donacion en sanidad de todos los bienes del adoptante, como algunos autores que he visto, lo hicieron sin tener presente que la ley 69 de Toro prohíbe donar todos los bienes, aunque sea solo los presentes: que las 91 y 92, tit. 18, part. 3 que traen la forma de estender las escrituras de arrogacion y adopcion no la contienen, y que es contra la naturaleza de este contrato; porque teniendo potestad el adoptante para echar de su poder al adoptado y exheredarle con causa ó sin ella (lo que no puede hacer con el arrogado, por ser preciso intervenga causa justa para ello), se priva por la donacion en sanidad de exheredarle (pues como irrevocable será subsistente, y no podrá revocarla sino por las causas que se esplicarán en el tratado de las donaciones), y de usar de la facultad que le concede la ley 8, tit. 16. p. 4; y aunque las referidas 91 y 92 tampoco contienen la institucion de heredero por no ser necesaria, á causa de que si el adoptante echa de su poder ó exhereda al adoptado como se le permite, nada llevará de sus bienes, y si no lo hace y muere abintestato sin herederos forzosos le heredarán; no obstante, es bueno que se ordene con ella, porque de esta suerte se entienden revocadas sus disposiciones testamentarias anteriores y se evitan dudas.

OTRA.—D. P. M. en su compendio de escrituras públicas estendió una de adopcion otorgada por marido y muger, en la cual hallé tres reparos: 1.º La cláusula de donacion arriba espresada: 2.º Que supone intervenir muger y no esplica el motivo que previene la ley 2, tit. 16, p. 4: y 3.º Que carece de la licencia del soberano, así por lo respectivo á la muger como al adoptado que supone es menor de catorce años, pues ambos la necesitan, segun queda sentado en los párrafos de este título, y la adopcion del menor de esta edad ha de hacerse ante el soberano ó con su beneplácito: lo que tendrá presente el escribano para no cometer absurdos.

OTRA.—Si el adoptado tiene padre, ha de consentir éste la prohibicion, y acudir con el adoptante al juez: se harán los autos á nombre de los dos, y en el de licencia se omitirá la cláusula de la entrega del adoptado que hace el juez al adoptante, y pondrá en su lugar ésta: Que el padre se desapodera del dominio y patria potestad que ha tenido y tiene sobre su hijo, y en señal de verdadero desapoderamiento lo toma de la mano y lo entrega al adoptante, y éste lo recibe por su hijo adoptivo. Y si interviene licencia del soberano se ha de insertar en la escritura, y en este caso no se necesitan autos ni otra diligencia judicial, porque aquel antes de darla se informa de todo, y la concede con conocimiento de causa.

Legitimacion.

Las legitimaciones suelen hacerse por los cuerpos legislativos á peticion de los padres, que se reduce á un memorial concebido sustancialmente en los términos siguientes:

SEÑOR:

El C. F. de G. y S., vecino de tal parte, con el debido respecto dice: Que há tantos años que está casado con Doña G. de M., de la cual no tuvo hijos, ni tiene esperanza de procrearlos; y mediante hallarse con uno que siendo soltero engendró en fulana, del mismo estado, á quien reconoce por su hijo natural, el cual promete segun su buena inclinacion y talentos practicar cuanto sea del mejor servicio de la república en esta atencion:—Suplica rendidamente al soberano congreso se digne hacerle la merced de legitimarlo, habilitándole en forma para que sea habido y reputado por legítimo, y como tal pueda heredar al suplicante en defecto de legítimos, sucederle en los vínculos, mayorazgos y demás en que sucederia si hubiera nacido de legítimo matrimonio, y gozar de todas las honras, preeminencias y prerogativas concedidas á los que lo son, sin diferencia; cuya gracia espera, y en ello recibirá merced.

Escritura de emancipacion.

En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mi el escribano y testigos, P. J., vecino de ella, dijo: Que por el mucho amor que profesa á J. su hijo legítimo, mayor de catorce años, y deseo que tiene de sus aumentos, conociendo que es bastante apto y capaz para gobernarse y administrar sus bienes, ha deliberado emanciparlo, á cuyo fin impetró la correspondiente licencia, que me entrega original para unir á esta escritura, é incorporar en sus tratados, y su literal tenor dice así: (Aquí la licencia). Concuerta la licencia inserta con la que está en el protocolo de este instrumento, de que doy fé; y usando de ella el otorgante, y hallándose con dicho su hijo en presencia del Sr. D. F., juez de esta ciudad, de su espontánea voluntad, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete.—Otorga que alza, quita y se abdica y desprende enteramente del dominio y patria potestad que hasta ahora ha tenido sobre la persona y bienes del referido J. su hijo, y en su consecuencia le confiere el mas amplio, eficaz é irrevocable poder, licencia y facultad para que desde hoy en adelante comercie, trate, contrate, comparezca en juicio, y administre por sí ó por sus apoderados, los bienes que adquiere, y los que le entrega en este acto, y son: (Aquí se espresarán los que le diere). De todos los cuales, y de los que por cualquier motivo, causa ó razon le pertenecieren en lo sucesivo, use y disponga á su arbitrio por contrato entre vivos y última voluntad, segun permiten las leyes, sin dependencia ni intervencion del otorgante, como de cosa suya propia, adquirida con justo y legítimo título: formalice las escrituras conducentes: pida judicialmente lo que le convenga: y practiquen cuanto pueden hacer el otorgante, y otro cualquiera libre de todo dominio y potestad; á cuyo fin desde ahora se desiste, quita y aparta entera y absolutamente del derecho que y como padre tenia y podia tener al usufructo de todos los mencionados bienes, y lo cede, renuncia y traspasa enteramente en el prenotado su hijo, y siendo necesario, le hace de él gracia y donacion pura, é irrevocable en sanidad con insinuacion y demás firmezas legales, y pide á dicho Sr. juez la apruebe, é interponga á ella para su mayor estabilidad y validacion la autoridad de su oficio; y en señal de verdadera emancipacion, tomó de la mano al nominado su hijo, y lo soltó y lo apartó de sí á mi presencia y del espresado Sr. juez, de que doy fé. Y le confiere igual poder para que en fuerza de los títulos de propiedad de los bienes donados, que tambien le entrega en este acto, tome y aprenda la pose-

sion real, actual, corporal ó cuasi de ellos; y para que no necesite tomarla, me pide que de esta escritura le dé copia autorizada con la cual sin otro acto de aprension ha de ser visto haberla aprendido, y transfiriéndosele, y en el interin se constituye por su inquilino tenedor, y precario poseedor en legal forma. Y se obliga á no revocar ni reclamar total ni parcialmente esta emancipacion, no interviniendo ingratitud de parte de su hijo, que el otorgante deberá probar; y si lo hiciere, á mas de no ser oido en juicio ni fuera de él, sea visto por lo mismo haberla aprobado y ratificado: da poder á los señores jueces de la república para que le compelan á su cumplimiento, como por sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la recibe, y renuncia todas las leyes, fueros y derechos de su favor. Y el mencionado J., que está presente enterado de esta escritura dijo: que acepta la emancipacion que contiene, para usar de ella; estima la merced que su padre acaba de hacerle, por la cual le tributa las debidas gracias; se da por entregado de los espresados bienes y títulos de su pertenencia; y de ellos formaliza á su favor el resguardo correspondiente; y ambos así lo otorgan y firman, á quienes doy fé conozco, siendo testigos N. N., vecinos de esta ciudad. Y el enunciado señor juez aprueba esta emancipacion, ha por insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que incluye ya para todo lo que en su virtud practique el emancipado, interpone su autoridad y judicial decreto: manda que le den al interesado las copias y testimonios que pidieren, y tambien lo firma, de que doy fé. De la estencion de esta escritura trata la ley 93, tit. 18, part. 3.

NOTA.—Si el padre no da bienes algunos á su hijo, se ha de omitir la donacion que contiene la escritura anterior, la cláusula de constituto, y la entrega y recibo de ellos, y sus títulos con la insinuacion. Si en premio de la emancipacion se reserva el padre para sí algo del usufructo de sus bienes adventicios, se espresará y pondrá en lugar de la cláusula de donacion de usufructo. Si la licencia del superior no manda que el juez ordinario intervenga en la emancipacion, se omitirá su concurrencia bien que no dañará. Y si la escritura se otorga antes, se ha de espresar en ella que para usar el hijo de la emancipacion y que sea válida, se deberá aprobar previamente por el superior, sin cuyo indispensable requisito, ha de ser ineficaz, como de jo espuesto en su lugar.

OTRA.—Si concurre alguna de las cuatro causas porque el padre puede ser compelido á emancipar á su hijo, dará pedimento éste exponiendo al juez la causa y la utilidad que se le sigue de ser emancipado; y pretendiendo se le reciba informacion de todo, y constando por ello su certeza, mandará el juez á su padre que lo emancipe, y si no quisiere, le apremiará á ello, y otorgará la escritura, relacionando é insertando en ella los autos: omitiendo la cláusula de que lo emancipa de su espontánea voluntad, porque es compelido, y lo demás que queda prevenido en la nota anterior, segun ocurra; y puesta la aceptacion, interpondrá el juez su aprobacion, como en la escritura precedente se ha hecho; y para esta emancipacion me parece que no es precisa la vénia del superior, porque se hace de justicia, por favor de la libertad y utilidad del emancipado, y la otra por mera gracia, en la que puede haber dolo y resultar perjuicio, por cuya razon quiso la ley que el superior tomase conocimiento de las emancipaciones gratuitas.

17.

Forma de estender los autos de tutela y curaduría de bienes.

PEDIMENTO.

M. F. viuda de A. A. vecino que fué de esta ciudad ante vd., como mas haya lugar digo: que el espresado mi marido falleció tal dia, bajo del testamento que otorgó ante F. escribano nacional y público, en el que instituyó por sus herederos á J. y A. A. nuestros hijos, procreados en nuestro matrimonio, que se hallan en la edad pupilar, y por una de sus cláusulas me

nombró por tutora y curadora de las personas y bienes de ambos, relevada de fianzas, segun se acredita del testimonio que presento: en cuya atencion, á vd. suplico se sirva haberlo por presentado, y por lo que resulta de la cláusula en él inserta, discernirme el cargo de tal tutora y curadora con la espresada relevacion, y mandar se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo; pues es justicia que pido, y para ello &c.—M. F.

AUTO.

Por presentado el testimonio que se refiere, y por lo que él resulta, se aprueba el nombramiento con relevacion de fianza hecho por A. A. en esta parte de tutora y curadora de los bienes de J. A. A., menores hijos de ambos: notifiquese la, acepte, jure y se obligue, y hecho se traiga para discernirla el cargo. El Sr. D. F. juez de esta ciudad de tal así lo mandó, á tantos &c.—Media firma del juez.

18.

Notificacion, aceptacion, juramento y obligacion de la curadora.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano hice notorio el auto anterior á M. J. en él contenida en su persona, y enterada dijo: acepta el cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de J. y A. A., sus hijos menores, procreados en su matrimonio con A. A., su difunto marido; y bajo del juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, se obliga á usarlo bien y fielmente, y á que cuidará, educará y enseñará á dichos sus hijos, y administrará sus bienes como debe, arrendando los raices á las personas por los tiempos y precios que les sean mas útiles y ventajosos, y los defenderá en todos los pleitos que se les muevan ó necesiten promover con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas y seculares, practicando en su razon las diligencias conducentes; y para la mejor direccion y acierto tomará parecer y consejo de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan dársele á fin de que ningun daño se irrogue á los menores ni á sus bienes por su culpa, omision ó negligencia: tendrá libro de cuenta y razon de su administracion, para darla con pago siempre que se le mande; y hará todo lo demás á que un buen tutor y curador de bienes está obligado, y lo mismo que los menores practicarían por sí mismos, si tuvieran la edad competente para gobernarse, á todo lo cual se obliga con sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros, da amplio poder al señor juez que es y fuere de esta ciudad, y á los demás señores jueces que de esta causa deban conocer conforme á derecho, para que á todo la compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la recibe; renuncia las leyes y fueros de su favor; y así lo otorga y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de la propia ciudad. *(La fórmula de esta diligencia la trae la ley 95, y en conformidad á ella y á lo dicho, han de ponerse otras dos cláusulas, á saber: promesa jurada de no pasar la madre á segundas nupcias mientras tuviere en su guarda á los hijos, y renuncia de las leyes que le prohiben obligarse por otro, ó el beneficio del Senadoconsulto Velejano.—R.)*

NOTA.—Si el tutor ó curador de bienes fuese electo de oficio por juez, ó el curador propuesto por los menores púberos, debe afianzar á satisfaccion del mismo juez. De las fianzas que presenta el tutor ó curador, conviene dar traslado al curador ad litem, si lo hay, para que oyéndolo el juez, las apruebe, y no quede en descubierto el escribano; pues de recibirlas éste sin preceder dicho requisito, puede quedar responsable, porque es visto recibirlas por su cuenta y riesgo; y de practicarse lo espuesto, lo quedan el juez y el curador para pleitos, bien que el derecho impone solamente la responsabilidad al juez; pero lo que abunda no daña. Prevengo lo primero, que las fianzas se han de proponer por pedimento, y obligarse el fiador en la

aceptacion y juramento, ó instrumento separado. Y lo segundo, que en la obligacion anterior no puse renunciacion de las leyes del emperador Justiniano, Senadoconsulto Velejano, Toro, Madrid, Partida y otras que los escribanos ignorantes ponen en todos los contratos de mugeres indistintamente; porque no vienen al caso, ni favorecen á la muger libre y capaz que por sí misma se gobierna, y constituye la obligacion por su hecho propio como principal, siéndolo realmente: lo cual advierto al escribano para que no incurra en errores, como hasta ahora lo han hecho todos.

19.

Discernimiento de la tutela y curaduría de bienes.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, el Sr. D. F. juez &c., habiendo visto la aceptacion, juramento y obligacion precedentes, dijo: discernia y discierne á M. J. viuda de A. A., el oficio y cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de J. A. A. menores, sus hijos, y la confiere amplio poder para que mientras subsista viuda, los gobierne, alimente, eduque y enseñe, poniéndolos con maestros que lo practiquen en lo que por sí no pueda instruirlos, administre sus bienes, arrendando los raices á las personas por los tiempos, precios y con los pactos que estipulare y sean mas útiles y cómodos á los referidos menores, y fenecidos unos arrendamientos, haga otros de nuevo, conservando á los inquilinos y colonos, ó despojándolos siempre que haya causa legal para ello, y formalice las escrituras de arrendamiento, y su prorogacion con las cláusulas y estabilidades congruentes: para que pida y tome cuentas á los que deban darlas á los menores, las que estando arregladas, consienta y apruebe, y si contuvieren agravios, los esponga y aclare hasta que queden sin el mas leve: para que perciba y cobre del erario público y de sus tesoreros, y demás personas, todas las cantidades de pesos, que toquen á los menores, y deban percibir por escrituras, arrendamientos, vales, cuentas, transacciones, compromisos, sentencias, letras, sueldos, propinas, censos, juros, efectos, consignaciones, legados, herencias, cesiones, lastos, y por otra cualquiera causa, motivo ó razon, sin reservacion ni limitacion, aunque aquí no se espresé; y de lo que percibiére y cobrare formalice á favor de ellos recibos, cartas de pago y demás resguardos que les convengan, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados: para que otorgue redenciones y subrogaciones de los censos que pertenecen á los menores, percibiendo sus capitales, y volviéndolos á imponer sobre fincas libres productivas, seguras y saneadas, de modo que no perezcan: para que defienda á los expresados menores y á sus bienes en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tengan, en lo sucesivo se les ofrezcan con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas y seculares de todos estados y dignidades, siendo actores ó demandados, á cuyo fin comparezca en juicio, y presente pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos, pidiendo ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones, juramentos, y presentando alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos, comprobaciones de instrumentos, de letras y de firmas, y nombramientos de peritos para ellas y para otras cosas, y reconocimientos que se ofrezcan: forme artículos, é introduzca recursos, los que prosiga ó se aparte de su persecucion: decline jurisdiccion de los jueces incompetentes: acuse rebeldías. pretenda y goce ó renuncie términos y prorogaciones de ellos: redarguya de falsos civil y criminalmente los instrumentos que produjeren los colitigantes: tache y contradiga todo lo que por éstos se presentaren, dijeren y alegaren: concluya, oiga actos y sentencias interlocutorias y definitivas, consienta las favorables, y apele y suplique de las gravosas y perjudiciales; gane provisiones, sobrecartas, paulinas, censuras y otros despachos, los que haga leer é intimar en donde y á las personas contra quienes se dirijan; y últimamente, haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias ju-

diciales y estrajudiciales que conduzcan, hasta conseguir plenamente cuanto solicite á beneficio de los enunciados menores, y ejecutoria con ejecucion de ella y las que éstos, si fueren mayores practicarían por sí sin excepcion; y en lo que su consejo no baste, lo tomará de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan dársele; y tendrá libro de cuenta y razon con cargo y data, para darla siempre que se le pida, pues para todo lo espresado y lo incidente y anexo, le confiere el prenotado Sr. juez el mas amplio y eficaz poder con libre, franca y general administracion, y facultad de que pueda subsistir por su cuenta y riesgo esta curaduría, ó en virtud de ella conferir poderes especiales para las cosas en que por sí misma no pueda intervenir revocar los sustitutos y apoderados, y elegir otros las veces que quisiere, y á todo cuanto practique por sí ó por medio de sus apoderados y sustitutos en utilidad de los nominados sus hijos: interpone su señoría la autoridad de su oficio cuanto puede y ha lugar en derecho, á fin de que tenga mayor validacion, y manda que de este discernimiento se le den los testimonios que pida, y estos autos se protocolicen en los registros de mí el presente escribano, y lo firma, de que doy fé.—Firma entera del juez.

NOTA.—El discernimiento de la tutela ó curaduría de bienes, es un poder que el juez confiere al curador ó tutor para gobernar y cuidar de las personas de los menores y sus bienes, y defenderles en juicio; y así es mucho mas que el curador *ad litem*, que solo es para los pleitos, y habiendo curador de bienes, es superfluo el para pleitos, sino es que sea en los casos en que aquel es interesado con el menor; v. gr. en la particion de bienes hereditarios, ó en los de cuentas de su cargo y mala versacion de él, si no hay otro tutor ó curador de bienes, y en otros semejantes, pues entonces es preciso que el menor tenga quien le defienda, porque el tutor ó curador de bienes es parte y coligante con éste, y no puede hacer por él contra sí; pero para todo lo demás puede verificarlo y sustituir la curaduría, ó dar poder á quien en su nombre lo practique todo, sin necesidad de gravar al menor con dietas ó salarios ociosos del curador para pleitos, excepto en los casos espresados, como dejo espuesto. Los autos de esta curaduría deben protocolarse como los intrumentos, porque á la verdad lo son, y pueden tener tracto sucesivo por los que en su virtud se formalicen al modo que la curaduría para pleitos queda con ellos por limitarse á lo judicial.

OTRA.—Si el menor posee algun oficio, v. gr. de escribano, procurador &c., que por su menor edad no puede ejercer, se ha de conceder facultad al tutor ó curador de bienes para que durante ella nombre quien lo sirva; pues al menor y muger no se despachan títulos en sus cabezas, por estar impedidos de servirlos. Si goza patronatos eclesiásticos, y tiene beneficios ó capellanías que presentar, tambien se le ha de conferir la de hacer por sí solo su presentacion hasta que cumpla los siete años, y pasados, para que concurra á hacerla con el mismo menor, ó la apruebe; pues la que haga sin éste, no sirve, porque en cumpliendo los siete años puede hacerla por sí, y comparecer en juicio sin autoridad del curador para las cosas beneficiosas y espirituales. Y si el menor llegó á la pubertad, no tiene potestad el tutor para presentar sin su consentimiento, porque los tutores no se dan á los menores para los negocios espirituales y eclesiásticos ni en esto dependen de ellos.

Formulario de pedimentos ó demandas con sus correspondientes autos, sobre las principales materias contenidas en esta primera parte.

20.

Pedimento de dote no prometida.

1.º F. en nombre de N. vecino de esta ciudad, de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, precedida la via necesaria, digo: Que habiendo mi poderdante casado legitimamente con M., hija legítima de F., de esta vecindad, como consta de la partida de casamiento que exhibo, no trajo aquella á su poder ninguna dote, ni ahora la tiene, con que pueda mi poderdante alimentarla y sostener las cargas del matrimonio; y mediante á que su padre está obligado á dotarla competentemente conforme á la calidad de su persona, hacienda que disfruta é hijos que tiene por lo menos en tanta cantidad, que es la que puede tocarla de legítima: A V. suplico que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva condenar á F. á que dote á su hija en la espresada cantidad, y la entregue á mi poderdante otorgando el correspondiente instrumento de su recibo. Pido justicia y costas.

AUTO.

Traslado.

Pedimento de dote prometida no constando de escritura la promesa.

2.º F. en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder ante V., como mas haya lugar en derecho, precedida la vénia necesaria, digo: Que habiendo mi poderdante contraído legítimo matrimonio con F., hija legítima de C., de este vecindario segun acredita la partida de casamiento que exhibo, le prometió éste dar en dote tanto en aquella y tanto en la otra especie; pero sin embargo de hallarse mi poderdante sustentando desde entonces las cargas matrimoniales no ha podido conseguir su cobro Por tanto:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva condenar á C. á que se satisfaga á mi poderdante la espresada cantidad con los réditos que pudo haber prometido desde su promesa hasta la entrega. Pido justicia y costas.

AUTO.

Traslado.

Demanda pidiendo el exceso de una dote inoficiosa.

3.º F. en nombre de N., vecino &c. de quien presento poder ante V. y como mas haya lugar en derecho, digo: Que habiendo S., padre que fué de mi poderdante, casado á B. su hija, y hermana de éste con R. en el año próximo pasado; le dió en dote tanto en esto y tanto en aquello, como resulta del instrumento que tambien exhibo; y mediante á que teniendo solo de caudal tanto, no pudo dotarla mas que en tanto, que es lo que correspondia de legítima y podia tocarle de mejora:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva declarar por inoficiosas en el exceso de la espuesta dote, y consiguientemente condenar al mencionado R. á que le restituya á mi poderdante, como es debido. Pido justicia y costas.

AUTO.

Traslado.

Pedimento de una viuda para recuperar su dote.

4.º F. en nombre de N., vecino de esta villa, y mujer legítima que fué de... ante V.

como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S. y á T. de este mismo vecindario, y digo: Que cuando mi poderdante casó con aquel en cada año, llevó al matrimonio en dote tanta cantidad, de que se dió por entregada, segun acredita la escritura que presento, y en atencion á que por fallecimiento de E. están obligados á restituirla á mi poderdante S. y T., sus hermanos y herederos, con beneficio de inventario, como consta del testimonio que tambien presento:

A V. suplico, que habiendo por presentados los dichos documentos, y por admitida esta demanda, se sirva condenar á dichos F y S. á que devuelvan á mi poderdante la mencionada cantidad. Pido justicia y costas.

Otrosi.—En atencion á que mi poderdante no tiene otros bienes con que poder sustentarse que los de su dote:— A V. suplico me admita informacion que ofrezco. incontinenti al tenor de este otrosi con citacion contraria; y hecha la suficiente, se sirva mandar le den S. y F. los alimentos y litis-expensas que fueren del agrado de V., teniendo en consideracion la calidad de su persona y la dote, hasta tanto que se haga su restitution. Pido como antes.

AUTO.

A lo principal traslado; y al otrosi haga la informacion; y hecha, autos.

21.

SOBRE LA ADOPCION.

Pedimento para la adopcion.

1.º F. vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar, digo: Que hallándome viudo en edad avanzada con caudal considerable, y sin herederos forzosos ni esperanza de tenerlos he resuelto adoptar á J., hijo de A. difunto, que es pobre y huérfano, tiene tantos años de edad, como consta de la certificacion de su bautismo que presento, y consiente en ser adoptado; mediante lo cual, y que de efectuarse la adopcion se le sigue manifiesta utilidad, para que tenga efecto.

A V. suplico se sirva haber por presentada dicha certificacion, mandar se me reciba informacion al tenor de este pedimento, y constando su certeza en la parte que baste, deferir á mi pretension, y concederme licencia para formalizar la escritura de adopcion correspondiente, interponiendo en ella su autoridad y decreto judicial para su mayor firmeza, pues así procede de justicia que pido.

AUTO.

Por presentada la certificacion que se refiere: recíbese la informacion que esta parte ofrece ante el presente escribano, á quien para ello se da comision en forma; y hecha, tráigase para proveer.

El Sr. D. N. juez de esta villa de tal, lo mandó á tantos de tal mes y año.

22.

SOBRE TUTELAS.

Pedimento pidiendo una madre se le discierna el cargo de tutora.

1.º María N. viuda de A. A., vecino que fué de esta villa, ante vd. como mas haya lugar, digo: Que el expresado mi marido falleció en tal dia, bajo el testamento que otorgó ante N., escribano nacional, y en el que instituyó por sus herederos á J. y A., nuestros hijos, que se hallan en la edad pupilar, nombrándome en una de sus cláusulas por tutora y curadora de las

personas y bienes de ambos, relevada de fianzas, segun acredita el testimonio que presento: En cuya atencion:

A V. suplico se sirva haberlo por presentado, y por lo que resulta de dicha cláusula discernirme el cargo de tal tutora y curadora, con la espresada relevacion, mandando se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo, pues así es justicia que pido.—M. F.

AUTO.

Hase por presentado el testimonio que se espresa; y por lo que resulta de él, se aprueba con relevacion de fianzas el nombramiento que hizo A. A. en su muger, M. F., de tutora y curadora de J. y A. menores, hijos de ambos: notifíquesele, acepte, jure y se obligue como corresponde; y hecho, tráigase para discernirle el cargo. El Sr. D. N., juez de esta villa de tal, lo mandó á tantos &c.

23.

Pedimento de un tutor testamentario pidiendo la tutela.

2.º F., en nombre de N., vecino de &c. de quien presento poder ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: Que como resulta del testamento bajo cuya disposicion falleció M., que exhibo, nombró en una de sus cláusulas á mi poderdante por tutor testamentario de sus hijos menores á A. y B., cuyo cargo acepta en forma, y jura usar de él con la legalidad que es debida, dando á su tiempo cuenta con pago de lo que se le entregue como tutor. En esta atencion, y en la que mi poderdante se allana á dar las acostumbradas fianzas:

A vd. suplico que habiendo por presentados dichos documentos, y aprobando la citada cláusula, se sirva mandar, que practicándose el correspondiente inventario de los bienes y efectos que pertenezcan á los mencionados A. y B., se le entreguen. Pido justicia &c.

AUTO

Traslado.

24.

Pedimento pidiendo un tutor legítimo la tutela

3.º F. en nombre de N., vecino de &c. de quien presento poder, ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: Que segun demuestra el testamento, bajo cuya disposicion falleció H., marido que fué de mi poderdante, en ninguna de sus cláusulas nombró tutor á sus menores hijos P. y R.; y mediante á que en este caso es mi poderdante tutora legítima conforme á derecho.

A vd. suplico, que habiendo por presentado dichos documentos, y admitiendo á mi poderdante las fianzas que está pronta á dar, mande que practicándose el correspondiente inventario de los bienes y efectos de los mencionados sus hijos y aceptando con juramento el cargo, se le entreguen. Pido justicia.

AUTO.

Autos.

25.

Pedimento de un menor pidiendo cuentas á su tutor.

4.º F., en nombre de N., de quien presento poder, ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: Que como acredita la partida de casamiento que tambien presento, mi poderdante

tiempo de sus deposiciones la nota de los bienes, y patrimonio de dicho menor, que se halla en dichos autos: exhibidas, como tambien los dichos instrumentos que llevo presentados; y constando por dicha informacion en la parte que baste, se servirá vd. tasar á dicho mi menor para sus alimentos en cada un año, lo que menos ciento y cincuenta pesos que necesita desde el presente hasta que tenga la cumplida edad de catorce años que me allano desde luego á suministrarle, cuya cantidad se me tome en descargo en la rendicion de cuentas de dicha mi administracion, interponiendo vd. para todo su autoridad y judicial decreto; y que de estos autos se me libre uno ó mas traslados auténticos para resguardo de mis derechos. Pido justicia con protestacion de costas: juro lo necesario &c.

AUTO.

Por presentada, con los autos que exhibe é instrumentos que refiere; y esta parte de la informacion que ofrece: y fecho, autos. Lo mandó el señor &c.

OTRO AUTO DE LA TASACION DE ALIMENTOS.

En tal ciudad ó villa, tal dia, mes y año, el Sr. F., juez &c., habiendo visto estos autos, dijo: Que en atencion á la calidad de N., hijo y heredero del difunto N., constituido en la edad pupilar, su patrimonio y renta que administra F., su tutor y curador, debia declarar y declaró necesitar el referido N. para sus precisos alimentos de comer, beber, vestir, calzar, salario de maestro que le enseñe, y demás anexo á ellos, la cuantía de ciento cincuenta pesos de moneda corriente en cada un año, desde el dia que entró á cargo del referido F., su tutor y curador, hasta que cumpla los catorce años de edad; cuyo importe de alimentos señalaba ó señaló, suministrándoseles el espresado su tutor y curador, al cual se le tomará en descargo de su administracion al tiempo de la rendicion de las cuentas que de ellas diere: que para todo interponia é interpuso su autoridad y judicial decreto de este juzgado, cuanto puede y en derecho debe; y que de estos autos se le libren al dicho tutor el traslado ó traslados que pidie-re, y lo firmó.

31.

Peticion para la protestacion de alimentos.

2.º F. parezco ante vd., y como ma haya lugar en derecho, digo: Que dias hace tengo en mi casa á N., mi sobrino ó hijastro, suministrándole yo de comer, vestir y calzar, y demás alimentos necesarios de mis propios haberes, y tengo deliberado por ahora continuar así durante mi voluntad; y como la mia sea repetir todas y cualesquiera cantidades que importen dichos alimentos, y no tenga yo intencion de suministrarlos al susodicho por razon de piedad ni graciosamente, lo declaro en esta conformidad, para que en ningun tiempo se dude de este mi ánimo. Por tanto:

A vd. suplico mande admitirme la dicha protesta de alimentos que hago, para que en todo tiempo pueda yo repetir y cobrar su importe de los bienes de dicho mi sobrino ó hijastro, y de cualesquiera otros que con derecho pueda y deba, y de la presente y auto que sobre ella fuere dado, se me libre el traslado ó traslados que yo pidiere para resguardo de mi justicia, que pido, juro &c.

AUTO.

Admitase la protesta que hace, en cuanto ha lugar en derecho: librensele de estos autos el traslado ó traslados que pidiere. Lo mandó el Sr. F. &c.

PARTE SEGUNDA.

Escrituras concernientes á la materia de testamentos.

32.

Testamento regular.

1. En el nombre de Dios Todopoderoso. Amen. Yo D. Fulano de tal, natural y vecino de esta ciudad, hijo legítimo de legítimo matrimonio de D. Fulano de tal y Doña Fulana de tal, difuntos, naturales que tambien fueron de ella. Hallándome por la divina misericordia bueno y sano y en mi entero juicio, creyendo y confesando, como firmemente creo y confieso el misterio de la Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas que, aunque realmente distintas, tienen los mismos atributos y son un solo Dios verdadero y una esencia y sustancia, y todos los demás misterios y sacramentos que cree y confiesa Nuestra Santa Madre la Iglesia católica, apostólica romana, en cuya verdadera fe y creencia he vivido, vivo y protesto vivir y morir como católico fiel cristiano, tomando por mi intercesora y protectora á la siempre Virgen é inmaculada Reina de los Angeles, María Santísima, Madre de Dios y Señora Nuestra, del Santo Angel mi custudio, los de mi nombre y devocion y demás de la corte celestial, para que impetren de nuestro Señor y Redentor Jesucristo, que por los infinitos méritos de su preciosa vida, pasion y muerte me perdone todas mis culpas, y lleve mi alma á gozar de su presencia; temeroso de la muerte que es tan natural y precisa á toda criatura humana, como incierta su hora, para estar prevenido con disposicion testamentaria cuando llegue; resolver con maduro acuerdo y reflexion todo lo concerniente al descargo de mi conciencia; evitar con la claridad las dudas y pleitos que por su defecto pueden sucitarse despues de mi fallecimiento, y no tener á la hora de éste algun cuidado temporal que me obste pedir á Dios de todas veras la remision que espero de mis pecados: otorgo, hago y ordeno mi testamento en la forma siguiente:

Encomiendo mi alma á Dios Nuestro Señor que de la nada la crió, y mando el cuerpo á la tierra de que fué formado; el cual hecho cadáver, quiero se amortaje con el hábito de. . . . y sepulte en la iglesia parroquial, de donde al tiempo de mi muerte fuere parroquiano.

Es mi voluntad que asistan á mi entierro, si fuere en público, el número completo de sacerdotes de mi parroquia, treinta religiosos de. . . otros tantos del orden de. . . y veinticuatro pobres del hospicio, los que acompañen mi cuerpo hasta la iglesia; y si fuere en secreto, mando que mis testamentarios distribuyan en misas por mi alma á su eleccion, sin perjuicio del derecho de la parroquia, el importe de la limosna que por su asistencia se les habia de dar, y en este caso á nada tengan derecho.

Mando que el dia de mi entierro, siendo hora, y si no en el inmediato se celebre por mi alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y que asistan á oficiarla el número de sacerdotes referido, pagándose la limosna que se acostumbra.

Mando igualmente que se celebren doscientas misas resadas por mi alma, las de mis padres y abuelos y demás de mi obligacion, satisfaciendo de limosna por cada una un peso, de

que sacada la cuarta parte correspondiente á la parroquia, las restantes se celebrarán en las iglesias y altares que elijan mis testamentarios, como tambien las referidas en la cláusula anterior.

Lego por una vez para la conservacion de los santos lugares de Jerusalem, y y demás mandas forzosas, tanta cantidad, y otra tanta á los hospitales de esta ciudad, con cuya limosna aparte á todos del derecho y accion que podian pretender á mis bienes.

Para ayudar á la curacion de los pobres enfermos del hospital de.....de esta ciudad, mando se entreguen al superior de él quinientos y cincuenta pesos por una vez, y le encargo que los distribuya en este destino y no en otro, y sobre ello le encargo la conciencia.

A D. Fulano de tal, mi hermano, lego la caja y espadin de oro de mi uso diario, y á Doña Sutana, mi hermana, mil pesos en dinero por una vez, para tomar estado ó para los fines que quisiere; y les pido me encomienden á Dios.

Al criado mayor que me sirva al tiempo de mi muerte, lego toda mi ropa de lana y seda que entonces tuviere: á la criada que me asista y hubiere en mi casa, la cama completa en que durmiere, con sus tablas, colchones, cuatro almohadas, otras tantas sábanas, la manta y colcha que usare en ella, y así mismo cincuenta pesos en dinero por una vez; y si hubiere dos, perciba todo este legado la mas antigua, y á la moderna se den solo cincuenta pesos; y les pido me encomienden á Dios.

Declaro me hallo casado legítimamente con Doña Fulana de tal, en cuyo matrimonio hemos procreado, y tenemos por nuestros hijos legítimos á D. Sutano de tal, á D. Mengano, á D. Fulano, á Doña Mengana y Doña Sutana, menores en la edad pupilar, de los cuales y de los demás que procrearémos constante él, usando de las facultades que me confiere la ley 3, tit. 16, de la part. 6, nombro á la referida mi muger por tutora y curadora de sus bienes, interin subsista viuda; y en atencion á su buena conducta, aplicacion, gobierno y maternal amor que les profesa, y á que por consiguiente cuidará con el mayor celo y vigilancia de la conservacion y aumento de ellos, la relevo de fianzas y consigno tales frutos por alimentos para su crianza y manutencion. Suplico al señor juez ante quien se presente testimonio de esta cláusula apruebe y confirme este nombramiento, y la discierna este encargo con la relevacion y consignacion mencionadas, que así es mi voluntad; pero si volviere á casarse, mando que aunque dé fianzas se le quite la tutela, y saquen de su poder á mis hijos y sus bienes, y se entreguen á la persona mas cristiana y abonada que pareciese á dicho señor juez, el que le señale para su manutencion y crianza lo que contemple preciso segun su calidad, y no frutos por alimentos, y el sobrante se deposite y emplee cuando haya proporcion para aumento de sus legítimas: sobre todo lo cual, le encargo la conciencia, y me conformo con la ley 5 del mismo título y partida.

Usando de la potestad que me confieren las leyes, mejoro en el tercio que quede de mis bienes despues de deducido el quinto, al espresado D. Sutano, mi hijo, el que le consigno en las tierras citadas en tal parte, y mando que si su valor no alcanza á completarlo, se le reintegre lo que falte en bienes muebles, y si excede, el sobrante sea para la parte del pago de su legítima paterna.

A la mencionada Doña Fulana mi muger, lego el remanente del quinto de mis bienes, el que la consigno en una casa que poseo en esta ciudad en tal calle; bien entendido, que si volviere á casarse, aunque sea pasado el año de viuda, lo ha de restituir incontinenti á mis hijos, para que se divida entre ellos con igualdad y no á prorata, á cuyo fin para desde el dia en que tome estado en adelante, la privo enteramente de su propiedad, posesion, goce y usufructo, y de que puede enagenarla antes ó despues, y en este caso revoco y anulo este legado, y mando que el quinto se deduzca primero que el tercio; pero que no exceda de la legítima que á cada uno de mis cinco hijos debe tocar, sin embargo de cualesquier razones y fundamentos que haya para deducirae del total de mis bienes.

Si entre mis papeles ó en poder de mi confesor ó de otra persona, se hallare una memoria con fecha posterior á este testamento y relacion de él, ó sin fecha firmada de mi puño ó escrita

por mí aunque no esté firmada, que tenga mandas, declaraciones, fundaciones, remisiones, ampliaciones, mutacion, restriccion ó revocacion de todo ó parte de lo que dejo ordenado, ú otras cosas concernientes á mi última voluntad, mando que se tenga y estime por parte integral de él, que como tal se protocolice, sin necesidad de precepto judicial, en los registros del presente escribano; que su contesto se observe exacta, íntegra, é iniolablemente sin tergiversacion, como si aquí fuera especificado; y que á los verdaderos interesados se den las copias y testamentos que pidan de lo que les corresponda, pues así es mi voluntad; pero no estando escrita ó firmada por mí, no haga fe judicial ni estrajudicialmente.

Para cumplir todo lo que contiene este testamento, y contuviere la memoria en caso de dejarla, nombro por mis testamentarios á D. Fulano y D. Fulano, y á cada uno insolidum, y les confiero amplio poder para que luego que fallezca se apoderen de mis bienes, vendan de los mas efectivos los precisos en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto lo cumplan y paguen todo, cuyo encargo les dure el año legal, y el mas tiempo que necesitaren, pues se los prorogo.

Despues de cumplido y pagado todo lo espresado, del remanente de mis bienes muebles, raices, derechos y acciones, presentes y futuros, instituyo por mis únicos y universales herederos á los espresados D. Fulano, D. Sutano, D. Mengano, Doña Sutana y Doña Mengana, mis cinco hijos, y de la referida Doña Mengana mi muger, y á los demás descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de mi muerte, y deban heredarme, para que los hayan y lleven por su orden y grado, segun su representacion y lo dispuesto por las leyes, con la bendicion de Dios y la mia.

Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demás disposiciones testamentarias que antes de ahora he formalizado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguno valga ni haga fe judicial ni estrajudicialmente; excepto este testamento y memoria citada que quiero y mando se estime y tenga por tal, y se observe y cumpla todo su contexto como mi última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor lugar haya en derecho. Así lo otorgo y firmo ante el presente escribano en esta ciudad, á tantos de tal mes y año, siendo testigos N. y N. de tal, vecinos de ella y al otorgante, yo el escribano doy fe que conozco. La ley 103, tit. 18, part. 3, trata de la estension del testamento.

Declaracion de la dote que la muger llevó al matrimonio, y de lo que su marido le ofreció en arras.

2. Declaro que cuando Doña Fulana mi muger se casó conmigo trajo á mi poder por dote y caudal suyo propio en bienes muebles, que se tasaron tanta cantidad, y tanta en dinero que toda ascendió á tanto; y que la ofrecí tanto en arras y donacion propter nupcias, y de ello otorgué á su favor el correspondiente resguardo. Mando que se la haga pago de su dote íntegramente, y en cuanto á las arras se tenga presente mi capital y caudal que me tocara, y si cupiere en la décima parte de mis bienes se la entregue sin descuento lo que le ofrecí; y no cabiendo, se la satisfaga la parte que quepa.

Declaracion del capital que llevó el marido.

3. Declaro que cuando contraje matrimonio con Fulana, llevé por caudal mio propio tanta cantidad, de que otorgó á mi favor el instrumento correspondiente en tantos de tal mes y año ante Fulano, escribano público. Mando se tenga presente para la deducccion de los gananciales ó menoscabos que pueda haber.

Otra de los hijos que el testador tiene, y de lo que dió á uno de ellos en cuenta de su legítima.

4. Declaro que del matrimonio que contraje con Fulana, tengo por mis hijos á Don N. y N. de los cuales N. se ha casado, y le di tantos mil peson en cuenta de su legítima paternal.

mando que los traiga á colocacion y particion con sus hermanos, y los reciba en parte de pago de ella; y si excediere, se tenga el exceso por mejora.

Legado del quinto por alimentos á un hijo natural.

5. Declaro que tengo un hijo natural llamado N. que lo hube en N., estando ambos solteros y sin impedimento canónico no solo al tiempo de su concepcion sino al de su nacimiento, de suerte que podiamos casarnos sin dispensacion, y mediante hallarme con descendientes legítimos procreados en Fulana mi muger difunta, usando de la facultad que me conceden las leyes 10 y 28 de Toro le lego el remanente del quinto de todos mis bienes, derechos y acciones, que es lo que puedo dejarle por razon de alimentos; y si al tiempo de mi fallecimiento no tuviera otro legítimo sea mi universal heredero.

Institucion de heredero á un hijo natural por falta de descendientes legítimos.

6. Por cuanto me hallo sin descendientes legítimos, y con un hijo natural reconocido, llamado N. que procreé en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canónico para contraer matrimonio; por tanto, sin embargo de que tengo legítimos ascendientes, usando de la potestad que me concede la ley 10 de Toro instituyo por único heredero de todos mis bienes, derechos y acciones al espresado N. para que los haya y herede con la bendicion de Dios y la mía.

Mejora del tercio y quinto hecha á una hija que llevó dote cuando se casó.

7. Declaro que del matrimonio que contraje con Fulana tenemos por nuestros hijos legítimos á N. y N., que ésta se halla casada con Fulano, y que cuando se casó, la di en dote tanta cantidad; y respecto no poder ser mejoradas las hijas en contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, mando que traiga á colacion y particion con su hermano la dote que la entregué; pero mediante no estar prohibido que lo sean por última disposicion, la mejoré en el tercio y remanente del quinto de mis bienes, que la consigno en tales tierras, para que lo haya y herede á mas de su legítima; y mando así mismo que en la deduccion del quinto se observe la ley del Estilo segun se practica comunmente, y que el tercio se saque del residuo de la herencia.

Mejora que hace el padre á un hijo á quien por contrato

oneroso prometió mejorar.

8. Declaro que cuando mi hijo Fulano contrajo matrimonio con Fulana, prometí mejorarlo en el tercio y quinto de mis bienes, y á ello me obligué en la escritura de capitulaciones que precedieron, y cumpliendo la obligacion que contraje y lo que en este caso manda la ley 22 de Toro, le mejoré en dicho tercio y quinto para que lo haya y herede á mas de su legítima que debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que queden bajado el quinto.

Legado de cosa empeñada en poder del testador.

9. Declaro que Sutano me pidió prestados tantos pesos sobre una salbilla de plata y un aderezo de oro con tantos diamantes y tantas esmeraldas que me entregó en empeño para seguridad de la citada cantidad, de que nos hicimos el respectivo resguardo:—Mando al espresado Sutano las alhajas referidas, y reservo á mis herederos la accion que les da la ley 16, tit. 9 de la partida 6 para que usen de ella como les convenga.

*Revocacion ad cautelam con cláusulas derogatorias del
testamento que otorga una muger.*

10. Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demás disposiciones testamentarias que antes de ahora formalicé por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente. Y porque si tomo estado de matrimonio, ó aunque no lo tome puede suceder que el miedo, respeto reverencial, ó las eficaces persuaciones ó amenazas de mi marido ó de otras personas me seduzcan y violenten á variar de disposicion especialmente si estoy enferma, y tal vez compelida manifestare esteriormente que condesciendo, y quedare privada del uso de la natural libertad de testar á mi satisfaccion como ahora lo hago; para que esta disposicion no se frustre en todo ni en parte, declaro que la ordeno de mi libre y espontánea voluntad, me obligo á no revocarla en manera alguna, y mando que si falleciendo sin herederos forzosos hiciere otra total ó parcialmente contraria, no se entienda ni estime revocada ésta, á menos que aquélla contenga en forma específica tales palabras (aquí se espresarán las que sean), y se cite en ellas este testamento y la obligacion que incluye de no revocarlo, y no lo uno sin lo otro, pues en tal caso ha de tenerse aquella y no ésta por mi última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor lugar haya en derecho: en cuyo testimonio así lo digo, otorgo y firmo ante el presente escribano en esta villa de &c.

Cláusulas de exheredacion.

11. Mediante que mi hijo Fulano, con desprecio de los mandamientos divinos y de la misma ley de la naturaleza, tuvo la osadía de poner en mi tal día á presencia de tales personas las manos airadas para herirme ó matarme, y profirió contra mi honor palabras infamatorias porque le reprehendi como padre sus vicios, amonestándole se abstuviese de ellos, y procurase vivir con el arreglo que como cristiano temeroso de Dios debe tener, y que por este execrable exceso es indigno de titularse hijo mio y tener parte en mis bienes; desde luego para que no quede impune y sirva á otros de ejemplo y escarmiento, en uso de las facultades que me confieren las leyes del tit. 7, p. 6 le desheredo enteramente de la legitima paterna que despues de mis dias le podia tocar; le privo y aparto del derecho que á ella podia pretender; y quiero y mando que por razon de alimentos, ni por otro titulo ni motivo no sea admitido total ni parcialmente á su goce, ni tenido por hijo mio como si no hubiera nacido; protesto no nombrarlo en este testamento por mi heredero ni legatario, sin que esta pretericion y desheredacion pueda anularse en tiempo alguno.

33.

Otorgamiento de testamento cerrado, y diligencias para su apertura.

12. En la villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Sutano, vecino y natural de ella &c. (Aquí se espresará su filiacion y naturaleza como en el testamento nuncupativo), hallándose enfermo de la enfermedad que Dios Nuestro Señor se ha servido darle, y en su entero juicio, creyendo &c. (Aquí se pondrá la protestacion de fe y deprecacion como en dicho testamento), dijo: Que tiene escrito y ordenado su testamento en este cuaderno cerrado que me entrega para este acto: que en él deja señalado entierro, hábito y misas, y nombrados albaceas y herederos: que quiere subsista de esta suerte el resto de su vida, y despues de muerto se abra y publique con la solemnidad legal; y que revoca y anula por él todos los testamentos y demás disposiciones testamentarias que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudi-

cialmente: manda que solo este testamento se tenga y observe por tal, y por su última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mas haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma, á quien doy fé conozco: rogó á los testigos presenciales que lo fueron N. y N. de tal, vecinos de esta villa, que firmasen tambien, y por los que espresaron no saber, que lo hiciese el referido N. Fui testigo, N. fui testigo, N. &c. Yo Fulano de tal, escribano nacional, y del número de esta villa de tal, presente, fui al anterior otorgamiento, y en fé de ello lo signo y firmo. En testimonio de verdad, Fulano de tal.

PEDIMENTO PARA LA APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO.

13. Fulano de tal, vecino de esta villa, ante vd. como mejor haya lugar, digo: que Sutaño de tal, vecino tambien de ella, estando enfermo otorgó el testamento escrito ante Fulano, escribano de este número, en el dia tantos de tal mes, y bajo de el que falleció hoy á las siete de la mañana, poco mas ó menos, y respecto tener entendido que me dejó por su testamento (ó lo que sea), para que se cumpla lo que en él dispuso:—A vd. suplico, que habiéndolo por presentado, se sirva mandar se abra y publique con la solemnidad legal, y que reduciéndolo á escritura pública, se den á los interesados los traslados y testimonios que pidan y les competan, interponiendo para su mayor validacion la judicial autoridad en cuanto ha lugar en derecho, pues así procede de justicia que pido; juro no pedirlo de malicia, y para ello &c.

AUTO.

14. Por presentado el testamento que se refiere: hágase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, á cuyo fin comparezcan en este juzgado, y evacuado en la parte que baste, se traiga todo para proveer. El Sr. D. Fulano, juez de esta villa de tal, lo mandó en ella á tantos de tal mes y año &c.

INFORMACION.

PRIMER TESTIGO.

15. En tal villa, á tantos de tal mes y año, Fulano de tal, contenido en el pedimento y auto anteriores, cumpliendo con lo que por éste le está mandado, presentó por testigo á Fulano, vecino de ella, de quien por ante mí el Sr. D. Fulano, juez de esta villa, recibió juramento por Dios Nuestro Señor, y una señal de la Cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado; y siéndolo por el referido señor juez al tenor del pedimento citado, y habiéndole manifestado el testamento y cuaderno presentado, dijo: es cierto que Fulano de tal, vecino que fué de esta villa, estando enfermo, y al parecer con pleno uso de las potencias y sentidos, otorgó en tal dia su testamento cerrado ante Fulano, escribano de este número, cuyo acto presencié el declarante, como testigo llamado y rogado, con los demás que en él constan, y á vista de todos espresó con palabras claras y perceptibles, que lo que dentro de dicho cuaderno ó volúmen cerrado estaba escrito era su testamento y última voluntad: que en él dejaba elegido hábito, entierro y misas, y nombrados albaceas y heredero: que no queria se abriese hasta que falleciese, y que entonces precediese para ello la solemnidad prescrita por derecho; y así mismo que por él revocaba todos los testamentos y demás disposiciones testamentarias que antes hubiere formalizado segun del otorgamiento consta. Todo lo cual espresó ante el declarante y demás testigos instrumentales: que á un propio tiempo lo oyeron de su boca porque estaban juntos en la pieza en que se hallaba el enfermo, lo vieron y concurrieron á dicho acto, y el declarante firmó como testigo con el testador y otros que supieron cuya firma dice: Fulano de tal, es suya propia la que acostumbra hacer, y por tal la reconozco, como tambien el cuaderno que está del mismo modo que cuando lo firmó; y por los que dijeron

no saber, firmó Fulano y todos encima de la cubierta del mencionado cuaderno: é igualmente dijo que el otorgante falleció en este día de la enfermedad que padecía por haberlo visto cada-
ver (ú oídolo decir), y no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento por palabra
ni por escrito: que es lo que sabe y lo que puede declarar, y toda la verdad bajo de dicho jura-
mento, en que se afirmó, ratifica y lo firma con el señor juez, y espresa tener tantos años de
edad, de que doy fé.—Media firma del juez.—Firma del testigo.—Ante mí: Fulano.

NOTA.—Las deposiciones de los demás testigos (que á lo menos han de ser cuatro) irán
contestes con la precedente, mudando lo conveniente y preciso en cuanto á las firmas; pues si
el testador ó alguno de los testigos que se examinaren no firmaron, dirá quien firmó por ellos.
Si se quiere omitir algo del testesto del otorgamiento, se puede hacer remitiéndose á lo que
de él consta, para que las declaraciones se despachen con mas brevedad, y luego corresponde
el auto siguiente.

AUTO.

16. Por lo que resulta de la informacion anterior, y mediante estar sin la mas leve sospecha
de rotura ni otra el testamento presentado, ábrase, y por el presente escribano publíquese en
forma, y hecho, se proveerá á los demás pretendido: el Sr. D. Fulano, juez de esta villa de
tal, lo mandó &c.

Diligencia de apertura.

17. Incontinenti el espresado señor juez quitó á mi presencia y de los testigos examinados
el sello (lacre, oblea ó lo que sea) con que estaba cerrado el citado cuaderno y testamento, y
lo abrió y leyó para sí tácitamente, y luego me lo entregó á fin de que lo publique, el cual tie-
ne tantas hojas útiles escritas en papel comun (ó sellado segun sea) y al pié una firma que di-
ce Fulano de tal: (si no está firmado se dirá, y está sin firma) y su literal tenor es el siguiente,
de que doy fé.—Fulano de tal.

NOTA.—Aquí se ha de insertar el testamento cuando se saque copia de él; previniendo que
primero se copian el pedimento, informacion, autos anteriores y diligencias de apertura por ór-
den, despues el testamento, luego su otorgamiento, y lo último el auto que sigue.

AUTO.

18. En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor D. Fulano, juez de ella, habiendo visto
estos autos, dijo: que reduce á escritura pública, y declara por testamento y última voluntad
de N. . . todo lo que en tantas hojas que contiene y rubriqué está escrito: manda que se pro-
tocolice en los registros del presente escribano, y traslade conforme á la ley, y que de él y de
estos autos se den á los interesados las copias y testimonios que pidieren y les pertenecieren;
pues para la mayor subsistencia y validacion de todo interpone su autoridad en legal forma,
y lo firma, de que doy fé.—Firma entera del juez.—Ante mí Fulano.

NOTA.—Si está escrito en papel sellado se omitirá en el auto el precepto de que se traslade
conforme á la ley; porque no es necesario. Algunos ponen bajo de un testesto la diligencia
de apertura y auto último sin separacion. Cada uno ajústese á lo que mejor le parezca, pues
surte el propio efecto, y nada se varia en la sustancia.

34.

Diligencia para declarar por testamento nuncupativo el dispuesto de palabra an- te testigos.

19. Fulano de tal vecino de esta villa, ante vd.,  mas haya lugar, digo; que Sütano
de tal, de la misma vecindad, hallándose en tal día mu-, agravado de la enfermedad que pade-
TOMO I.

cia, pero en su juicio natural, y considerando que segun la critica situacion en que estaba constituido moriria ab intestato; por evitar que esto sucediese, mediante no haber escribano en esta villa (ó por el motivo que haya) dió orden á un criado suyo para que llamase cinco testigos todos vecinos de ella que fueron N y N. . . . &c. y á su presencia, precedida la protestacion de la fé, les dijo que se contemplaba mortal, y por si Dios fuese servido llamarle á juicio, queria se enterrase su cadáver en su iglesia parroquial: que por su alma se celebrase el dia de su entierro, siendo hora, y si no en el siguiente, misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y tantas rezadas, su limosna á tanto, (aquí se espresará lo demás que haya dispuesto:) nombró por sus testamentarios á Fulano y á Sutano, y á cada uno in solidum, para que evacuasen su voluntad dentro ó fuera del término legal; me instituyó por único y universal heredero de sus bienes: revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas; y pidió á los testigos referidos que lo fuesen de como todo lo espuesto queria se estimase y cumpliese por su testamento nuncupativo y última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor lugar hubiere en derecho y que así lo decretasen en juicio, si sobre ello fuesen preguntados, y mediante haber fallecido hoy bajo de esta disposicion, para que tenga efecto:—A vd. suplico se sirva mandar que al tenor de este pedimento se examinen conforme á la ley todos los testigos nominados, y constando la certeza de su contesto declarar sus disposiciones por testamento nuncupativo y última voluntad del prenotado Fulano; y así mismo providenciar que se protocolicen en los registros del presente escribano, y den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fuesen de dar, interponiendo á todo para su mayor validacion y firmeza la judicial autoridad cuanto ha lugar en derecho, pues procede de justicia que pido, juro lo necesario y para ello &c.

AUTO.

20. Recíbese á esta parte la informacion que ofrece por ante el presente escribano, y evacuada traigase para proveer lo que haya lugar sobre lo que se pretende: El Sr. D. Fulano, juez de esta villa de tal, lo mandó y firmó á tantos &c.

INFORMACION.

PRIMER TESTIGO.

21. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano Fulano de tal, vecino de ella, presentó por testigo para la informacion que tiene ofrecida y le está mandada dar á Mengano de tal, vecino tambien de ella, de quien el señor juez recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, en lo que supiere y fuere preguntado; y siéndolo al tenor del pedimento que la motiva, dijo: Que en tal dia, á tal hora poco mas ó menos, fué á la casa de D. Fulano de tal, difunto, en consecuencia de recado que le envió con un criado suyo, y á su presencia y de N., y N., &c. . . todos vecinos igualmente de esta villa, espresó que hallándose gravemente enfermo, y no queriendo morir intestado, los llamaba para que fuesen testigos de su disposicion y última voluntad; y con efecto empezó á decir que creia y confesaba todos los misterios y sacramentos de nuestra santa madre la Iglesia católica, apostólica, romana, en cuya fé y creencia habia vivido, y vivia, y protestaba vivir y morir como católico fiel cristiano: que queria se enterrase su cadáver en su parroquia, á tal hora, con tal fúnebre aparato y acompañamiento, y se le amortajase con tal hábito: que el dia de su entierro se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso y tantas rezadas, su limosna á tanto. (Aquí se pondrá lo demás que hubiere declarado ó mandado.) Que nombraba por sus testamentarios á Fulano y Sutano, y á cada uno in solidum, y les daba amplio poder y facultad para cumplir todo lo que dejaba ordenado, y para ello les prorogaba el término que necesitaren: que instituia por único heredero de todos

sus bienes á dicho N. . . y que revocaba todos los testamentos y demás disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valiese ni hiciese fé judicial ni estrajudicialmente, escepto la que á presencia del declarante y demás testigos espresados manifestó verbalmente y deja referida, la cual quiso se estimase y observase como su testamento y última y deliberada voluntad, ó en la mejor via y forma que hubiese lugar en derecho: todo lo cual espresó clara y distintamente á los mencionados testigos á un propio tiempo, estando al parecer con el pleno uso de su juicio aunque enfermo, y les previno lo tuviesen presente y declarasen si en juicio fuesen preguntados; y sabe el declarante que el referido testador falleció bajo de esta disposicion, porque oyó decir que no habia otorgado posteriormente otra. Que es lo que pasó en aquel acto, puede declarar, y todo la verdad bajo del juramento que deja hecho, en que se afirma y ratifica, y lo firmó con el señor juez; dijo ser de tantos años de edad poco mas ó menos, y que no es pariente de la parte que le presentó, doy fé. Media firma del juez.—Fulano.—Ante mí.—Fulano.

NOTA.—Las declaraciones de los demás testigos han de ser arregladas y conformes á ésta en todo, menos en cuanto á las firmas y edad, que variarán segun sea y sepa el testigo, y luego corresponde el siguiente:

AUTO.

22. En tal villa, á tantos de tal mes y año, el Sr. D. Fulano juez de ella, habiendo visto estos autos, dijo: Que mediante resultar por las contestes declaraciones de los cinco testigos instrumentales examinados, la disposicion bajo de que falleció Fulano de tal, vecino que fué de esta villa, debia declarar y declaraba todo cuanto está espresado en ellas por su testamento nuncupativo y última deliberada voluntad; y en su consecuencia mandó que como tal se observe y cumpla íntegra é inviolablemente: que estos autos se protocolicen en los registros de escrituras públicas del presente escribano, á que reduce dichas disposiciones: que por tal sé estimen y tengan, y que de todo se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fuesen de dar, de manera que hagan fé, pues para su mayor validacion interpone la autoridad de su oficio cuanto puede y ha lugar en derecho, y lo firma, de que doy fé.—Firma entera del juez.—Ante mí.—Fulano.

NOTA.—Si el testamento fuere dispuesto en cédula ante testigos, se practicará lo que dejo prevenido anteriormente, y respecto de que con ello y con las diligencias estendidas puede el escribano instruirse radicalmente en todo, conito su ordenacion por evitar prolijidad nada necesaria. Tendrá cuidado de espresar si los testigos de estos dos testamentos son ó no parientes del heredero, y si lo son en qué grado, pues dentro del cuarto civil les está prohibido serlo, como dejo espuesto, y por esta razon puede viciarse el testamento, lo que no podrán decir en el otorgamiento y apertura del cerrado, porque ignoran quién es el heredero, y por eso no lo puse como en el de palabra. Así mismo que el notario meramente eclesiástico no puede como tal autorizar testamentos ni escritura pública entre legos, y si los autoriza son nulos (ley 19, tit. 25, lib. 4, R.: 6 2, tit. 14, lib. 2, N.); pero se pueden revalidar los testamentos hechos ante él, practicando las diligencias que van referidas en esta nota, acerca de lo cual véase á Flores de Mena Var. quaest. 1, n. 13 al 18, y á los que cita.

35.

Codicilo abierto.

23. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, N. y N. . . vecino de ella, dijo: Que en tal dia de tal mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano público, del cual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas y añadir otras; y ponién-

dolo en ejecucion por via de codicilo, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente:

Manda que á mas de las tantas misas que deja por su alma, se celebren por su intencion tantas en tales altares de tal iglesia, y que se dé por la limosna de cada una tanta cantidad.

Manda que el legado de tanta cantidad que hizo á Fulano no se le entregue, y para que no tenga accion á pedirlo, lo revoca enteramente.

Quiere que el residuo del quinto de sus bienes se dé á Fulana, su hija, á cuyo fin se lo lega, para que lo haya á mas de su legítima.

Declara que despues de haber otorgado dicho testamento, contrajo matrimonio Fulano, su hijo, y que le dió tanta cantidad en cuenta de su legítima: manda que la traiga á colacion y particion, y lo mejora en el tercio de todos sus bienes, cuya deducccion se ha de hacer despues de sacado el quinto.

NOTA.—Así proseguirá en lo demás que quiera disponer, no excediendo de las facultades que el derecho le concede, y luego proseguirá en la siguiente forma:

Todo lo cual quiere que valga en la via y forma que mejor haya lugar en derecho, y manda se guarde, cumpla y ejecute inviolablemente; y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo que sea conforme con él y en todo lo demás lo aprueba, ratifica y deja en su fuerza y vigor para que se estime por su última deliberada voluntad, y con ningun motivo ni pretexto se contravenga. Así lo otorga y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos &c.

OTRA.—Si el testador no hubiere hecho testamento no se mencionará en el codicilo, y se omitirá en el pié de éste la cláusula de su revocacion y aprobacion que contiene. Si quiere nombrar heredero en él, no se detenga el escribano en ponerlo; pues aunque es verdad que el testador no puede hacerlo, si lo hiciere, no se estimará por codicilo, sin embargo de que se llame así, sino por testamento, como dejo espuesto; y el que instituya llevará la herencia, respecto no tenerlo hecho antes. Pero que lo tenga ó no otorgado, podrá poner en él (si quiere) la protestacion de la fé, naturaleza y filiacion del testador, como tambien en el cerrado y la cláusula codicilar en ambos.

36.

Otorgamiento de codicilo cerrado.

24. En tal parte, á tantos de tal mes y año, Fulano de tal, vecino de ella estando enfermo, (ó sano) y en su entero juicio &c. . . dijo: Que en tal dia, mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano, y por haber reflexionado con madurez lo que en él tiene dispuesto, ha revocado, quitado y enmendado algunas cosas, y añadido otras por el codicilo cerrado que espresa estar dentro de este cuaderno, y me entrega y por tal lo otorga; y quiere y manda que despues que fallezca, y no antes, se abra y publique con la solemnidad por derecho prescrita y que su contesto valga, y se cumpla, y ejecute, sin tergiversacion, como su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho; pues en lo que fuere opuesto al citado testamento, lo revoca y anula, y en todo lo demás lo ratifica y deja en su fuerza y vigor; y revoca así mismo todos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial y estra-judicialmente. Así lo otorga y firma, á quien yo el escribano doy fé conozco, siendo testigos &c.

NOTA.—En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos, pudiendo ser habidos como queda espuesto, y firmar encima del cuaderno como en el testamento escrito, pues aunque la ley no lo previene ni manda, versa igual razon, y debe obrar la misma disposicion legal, por ser instrumento de la propia naturaleza, por lo que requiere su apertura idéntica solemnidad sin diferencia. En cuanto á la protestacion, revocacion del testamento cuando no lo hizo antes y otras cosas, véase la nota precedente.

Poder para testar.

En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecinos de ella &c. (Aquí se pondrá la naturaleza y filiacion del testador y protestacion de la fê é imploracion del divino auxilio, como el testamento nuncupativo, y luego proseguirá,) dijo: Que por cuanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con la claridad, madurez y reflexion que desea y se quiere, las cosas concernientes á su última voluntad, y tiene suma satisfaccion y confianza en que Fulano de tal, vecino tambien de esta ciudad, su íntimo amigo, las desempeñará con el acierto, prontitud y eficacia correspondiente, por habérselas comunicado y estar bien cerciorado de ellas, por tanto, estando, como por la infinita misericordia de Dios está, bueno y en su entero juicio, temeroso de la muerte, deuda tan precisa á todo viviente humano como incierta su hora, para que cuando llegue no le halle desprevenido de disposicion testamentaria, en la mejor forma que haya lugar en derecho otorga y confiere al citado Fulano de tal, tan amplio, firme y eficaz poder como es necesario, para que en su nombre, y representando su persona, formalice y ordene dentro ó fuera del término legal su testamento y última voluntad, ó declaracion ó disposicion de pobre segun el caudal que deje, haciendo en él los legados pios, forzosos y graciosos que le pareciere, y las mejoras del tercio y quinto ó cualquiera de ellos en cualquiera de sus hijos varones, señalando el importe de la mejora en los bienes raices que dejare, sustituyendo á sus hijos pupilos, dándoles por sustitutos á sus hermanos ó cualquiera de ellos, nombrando por su tutor á N. . . ó N. . . &c. y haciendo así mismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargos de su conciencia, y demás cosas que el otorgante le tiene comunicado y le comunicará en lo sucesivo; ó declarando haber muerto pobre, si no dejase bienes de que testar: pues aprueba todo lo que con arreglo á las referidas facultades practicare, y quiere que tenga la misma validacion y subsistencia como si aquí fuera literalmente espresado, y que por tal se estime, para lo cual le da el mas absoluto y eficaz poder con todas las firmezas y amplitudes convenientes que legalmente se requieren con libre, franca y general administracion, y para ello otorga su testamento ú otra disposicion; y para evacuar enteramente lo que disponga, ordene y declare en virtud de este poder le prorrogo el término que el derecho prefine, por el que necesite, sin limitacion, y solo reserva en sí lo siguiente.

NOTA.—Aquí se pondrá su entierro, misas y otras cosas si quisiere, elegirá mas testamentarios, y si lo deja todo á eleccion del comisario, omitirá la cláusula de reservacion; pero la siguiente es precisa, por estar prohibido al comisario instituir heredero y consignar la mejora, y al testador cometerle su consignacion.

Y en el remanente de todos sus bienes muebles, raices, derechos y acciones, instituye por sus universales herederos á N. y M. . &c. sus seis hijos legítimos, y de Fulana de tal su muger, y á los demás descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de su muerte, y por su orden y grado deben heredarle para que los hayan con arreglo á lo que mandan las leyes segun su representacion, con la bendicion de Dios y la suya; previniendo que el quinto no ha de esceder de la legítima que á cada uno toque, y que si todos sus tres hijos varones ó alguno de ellos hubiere muerto al tiempo de otorgar el testamento, no ha de haber mejora alguna en sus nietos, ni en otros descendientes de éstos, pues en este caso lo revoca en cuanto á ellos.

Y por el presente revoca y anula todos los testamentos, poderes para testar y demás disposiciones testamentarias que antes de ahora ha otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fê judicial ni estrajudicialmente, escepto este poder y testamento, á otra disposicion que en su virtud se ordene, que quiere y manda se tengan y cumplan por su última deliberada voluntad ó en la mejor forma que haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma, á quien doy fê conozco, siendo testigos Fulano, Fulano &c. vecinos de esta ciudad,

Testamento en virtud de poder.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano vecino de ella, en nomdre de Fulano de tal, difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella á tantos de tal mes y año ante Fulano, escribano público, cuya copia original me entrega para documentar este testamento é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente:

Aquí la copia del poder.

Concuerta el poder inserto que está en el protocolo de este testamento, de que doy fé; y asegurando el otorgante como asegura y declara, no estarle revocado, suspenso ni limitado, que lo tiene aceptado, y por el uso de sus facultades aceptándolo nuevamente, dijo: que el mencionado Fulano de tal falleció en tal dia, bajo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que en él dejó ordenado y le comunicó, se hizo en el siguiente su entierro en público al cual asistieron el número completo de sacerdotes de su parroquia en la que fué sepultado su cadáver, veinte religiosos de . . . otros tantos de tal religion y tantos pobres del Hospicio: se celebró por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso; y por todo se pagaron los correspondientes derechos.

Quiso y encargó al otorgante que se dijese por su alma é intencion tantas misas rezadas, su limosna un peso; y el otorgante cumpliendo con su encargo, declara haber mandado celebrar tantas, y quiere que las restantes se digan en la parroquia, á la cual, como cuarta parte de todas tocan tantas; pues esta fué la voluntad del difunto.

Quiso igualmente para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalem, y demás mandas forzosas, se diese tanta cantidad por una vez, y otros tantos al Hospicio de esta ciudad; y el otorgante, en observancia de su voluntad, manda que se les entreguen, y con ellos los aparta del derecho que podian pretender á sus bienes.

Por el preinserto poder mandó que si se encontraba una memoria firmada de su puño, ó escrita de él aunque no estuviese firmada, que contuviese cosas concernientes á su última voluntad, se tuviese por parte de este testamento, se protocolizase con él, y se observase íntegramente su testamento; y el otorgante declara que sin embargo de haber registrado y reconocido exactamente sus papeles, no la halló, ni tiene noticia de que la haya dejado.

Dió facultad al otorgante por el referido poder para mejorar á cualquiera de sus hijos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes; y en uso de ella, y en virtud de lo que le comunicó mejora en ellos á Fulana de tal, su hija, de edad de seis años, para que respecto no estar criada, le sirva su importe de ayuda á su crianza, y cuando llegue el caso, para tomar estado, con la condicion de que el quinto se ha deducir primero que el tercio con arreglo á la ley 214 del Estilo, agregarse su residuo si lo hubiere al resto de la herencia, y de éste sacarse el tercio, y no en otros términos, pues esta fué la voluntad de su padre; y mediante no haberle consignado bienes para mejora, y carecer el otorgante de facultad para hacer su consignacion, lo omite.

Igualmente se la dió para elegir tutores de sus hijos menores con relevacion de fianzas ó como le pareciere, y usando de ella, nombra por tutora y curadora ad bona de la prenotada Fulana de tal á N. y N., su madre, relevada de fianzas, para que la eduque, y cuide de la conservacion de sus bienes; y en caso de que se vuelva á casar, ó muera antes que la espresada su hija legue á la pubertad, nombra por su tutor á Fulano de tal, su tío, vecino de esta ciudad; y por su previo fallecimiento á Sotano de tal, persona de integridad y abono, y de la propia vecindad, con la calidad de que éstos han de afianzar á satisfaccion de la justicia; y suplica y encarga á los señores jueces ante quienes se presente testimonio de esta cláusula, aprueben y confirmen esta eleccion, y en su consecuencia los hayan por nombrados, y les disciernan su cargo en la forma enunciada, pues el testador así lo quiso y comunicó al otorgante, el cual lo declara para que

conste y se observe inviolablemente su voluntad; y en cuanto á los demás hijos menores, mediante no ser pupilos ni deber darles tutor testamentario, por tener facultad de elegirlo por sí mismos, ni tampoco haberle comunicado el testador cosa alguna sobre ello, omite la eleccion.

De esta suerte irá estendiendo el escribano las demás cláusulas hasta la conclusion del testamento, arreglándose el comisario al poder y á lo que el derecho permite al testador en lo que le haya comunicado; y si no se hiciere algo de lo contenido en el poder, espresará el motivo.

39.

Declaracion del pobre.

En el mombre de Dios Todopoderoso. &c. En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mí, el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella (Aquí se pondrá la naturaleza, filiacion, protestacion de la fé é invocacion de los Santos, como en el testamento, y luego proseguirá en esta forma), declara: que por la calamidad é injuria de los tiempos se haya muy pobre: por lo que suplica al señor cura propio de tal parroquia, de donde actualmente es parroquiano, ó al de donde lo sea al tiempo de su muerte, lo mande enterrar de limosna, y haga por su alma todo el bien que pueda, pues así lo espera de su cristiana piedad.

NOTA.—Aquí podrá el testador hacer mandas, mejoras y todo lo demás que en el testamento, disponiendo y hablando de los bienes que pueda adquirir, por si llega á tenerlos, y luego la cláusula de heredero en la forma siguiente, y á su continuacion la regular de revocacion de otras disposiciones testamentarias anteriores.

Y por si en algun tiempo adquiriese y le tocaren algunos bienes muebles, raices, derechos, y acciones por cualquier título, causa ó razon, instituye por sus universales herederos á N. y N. su muger y á los demás descendientes de legítimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su orden y grado, segun su representacion, en la forma prescrita por derecho, con la bendicion de Dios y la suya.

40.

Aceptacion de herencia.

En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, dijo: ha llegado á su noticia que Sutano de tal, su padre, falleció en tal parte, tal dia, y dejó algunos bienes y deudas; y respecto ignorar á cuanto ascienden, para que en este caso no sea perjudicado, ni esté obligado á mas de lo que importe la herencia, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho.—Otorga que acepta con beneficio de inventario, y no en otros términos, la herencia y bienes de su difunto padre, y en su consecuencia pide al Sr. juez de la referida ciudad la haya por aceptada, y mande á los coherederos hagan inventario formal y tasacion de sus bienes sin ocultacion, y que á este fin elijan los tasadores prácticos é inteligentes que les pareciere, pues el otorgante se conforma desde ahora con ellos, y se obliga á estar y pasar por lo que hicieren, sin impugnacion; y practicada que sea protesta pedir en su vista lo que le conveniga, y á ello quiere ser compelido por todo rigor de derecho, para lo cual da amplio poder al citado Sr. juez, lo recibe por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. &c.

41.

Repudacion de herencia.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, dijo: Que N. y N. su hermano, falleció en tal dia, bajo del testamento que habia otor-

gado en tantos de tal mes y año ante N. escribano, en que le instituyó por unos de sus herederos en atención á no tenerlos forzosos; y mediante no convenirle la aceptación de su herencia para que ninguno de sus acreedores tenga que intervenir y mezclarse con él en cosa alguna, y evitar los gastos que se le puedan ocasionar, en la vía y forma que mejor lugar haya en derecho cerciorado del que le compete.—Otorga que no quiere ser heredero del espresado su hermano, y por lo mismo repudia enteramente la herencia que por su muerte le pueda tocar; se desiste y aparta del derecho que en virtud de su testamento tiene á ella, y le cede, renuncia, y traspasa en los otros coherederos, á quienes de la que sea en mucha ó poca suma, hace gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos, con las seguridades necesarias, y confiere amplio poder para que sin su intervencion formalicen y hagan inventario, tasacion y particion del sobrante de sus bienes, deducidas deudas, del mismo modo que si el otorgante hubiera fallecido antes ó no hubiera sido instituido, pues por tal quiere que se le estime; que se apoderen y dispongan de ellos como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título, y que tomen la real tenencia y posesion que en virtud de este instrumento y testamento citado les compete; se obliga á no revocar ni reclamar total ni parcialmente esta renuncia, y si lo hiciere, á mas de no ser oido ni admitido judicial ni estrajudicialmente, sea condenado por el mismo caso en costas; y visto haberla aprobado y ratificado, da amplio poder á los señores jueces de esta ciudad para que le compelan á su cumplimiento, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida &c.

NOTA.—Si el que repudia la herencia es hijo ú otro descendiente legítimo del testador, mediante concederle la ley final del tít. 6, part. 6, tres años, aunque mayor de veinte y cinco años, para recuperarla despues de repudiada, para que quede privado de esta accion, la renunciará especificamente, y jurará no reclamar la renuncia: de esta suerte no tendrán recelo los coherederos de que intentará su recobro; bien que si deja hijos, y muere antes que su padre, aunque la renuncia sea con juramento, y se contente con lo que su padre le dió, no estarán obligados sus hijos á pasar por ella, y así solo lo serán á traer á colacion y particion con sus tíos lo que su padre recibió y llegó á poder de ellos, y si algo mas les tocaba, lo llevarán por consideracion de sí mismos, porque son herederos forzosos de sus abuelos, en cuyo derecho por ser propio, privativo y personalísimo suyo, no puede su padre perjudicarles.

42.

Licencia para testar.

En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos N, y N, vecino de ella, dijo: Que N. y N. su hijo legítimo, le ha suplicado que mediante ser el otorgante su heredero forzoso por testamento y abintestato, en caso de no dejar sucesion legítima ó natural, no necesitar sus bienes para mantenerse, y no permitirle la ley 6 de Toro disponer mas que del tercio de ellos en perjuicio de sus ascendientes sin su licencia, le concede facultad para dejarlos todos á la persona que les parezca; y el otorgante en atencion al mucho amor y cariño que profesa al citado su hijo, y á tener caudal suficiente para su decente manutencion, y por otros justos motivos que le impelen, ha deliberado condescender con su súplica; y para que tenga efecto, en la mejor forma que por derecho haya lugar, de su libre y espontánea voluntad.—Otorga y concede amplia licencia y facultad al espresado N. N. su hijo, para que disponga libre y enteramente por testamento, codicilo, cesion, donacion ó en cualquiera otro instrumento entre vivos, y por causa de muerte, de todos los bienes muebles, raíces, efectos, derechos y acciones que ha heredado de su madre, abuelos paternos, y maternos, tíos y otros parientes y estraños, y adquiere desde hoy en adelante, y puedan recaer en él por última disposicion abintestato, donacion ú otro contrato lucrativo ú oneroso por causa de presente y de futuro, sin restriccion á favor de la persona ó personas que le pareciere, exheredando y escluyendo al otorgante de su sesion en uno ó mas testamentos y contratos, usando de ellos y repartiéndolos á su eleccion, del mismo modo que si no tu-

viere ascendiente alguno, pues el otorgante quiere que para este caso se le tenga por muerto. En este concepto desde ahora se desiste y aparta enteramente, como tambien á los demás sus descendientes, del derecho que á dichos bienes tiene y puede adquirir y pretender, escepto que su hijo muera intestado, y lo cede, renuncia y pasa para siempre á favor de tal persona ó personas á la que instituye dueñas absolutas de todos, y como tales las confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, para que tomen de ellos la posesion que en virtud de la última disposicion ó contrato que el referido su hijo formalice, les corresponda, y los gocen, vendan, cambien, enagenen y hagan de ellos lo que quisieren, como de cosa suya propia adquirida con legitimo y justo título, sin intervencion del otorgante, el cual á mayor abundamiento desde ahora para cuando llegue el caso les hace de ellos gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable con insinuacion, y todo lo demás que sea necesario para su validacion y firmeza: los constituye procuradores y actores de su misma causa y negocio: los que pone en su lugar, grado y prelación, con subrogacion en forma; y jura por Dios nuestro Señor y la señal de la cruz, que no revocará total ni parcialmente, ni reclamará esta licencia, poder y renuncia con pretexto de ser contrato celebrado entre padre é hijo, ni de tener mas descendientes, ni de ser leso ni quedar privado y excluido de los bienes que dicho su hijo podia heredar, ni con otro alguno, ni los contratos y últimas disposiciones que en su consecuencia se formalicen, aunque en ellos no se mencione ni inserte, y por legales estatutos le sea permitido, mediante no necesitar los bienes de su hijo para su manutencion, como queda espuesto; y si lo hiciere, á mas de no ser oido ni admitido judicial ni estrajudicialmente, sea visto por el propio hecho haberla aprobado y formalizado con mayores vinculos y firmezas. Igualmente jura que de este juramento no tiene pedida ni pedirá absolucion ni relajacion á quien pueda concedérsela, y aunque de motu proprio se le conceda, no usará de ella, pena de perjurio y de incurrir en infamia y demás impuestas por derecho á los infractores de los juramentos solemnes, y que no lo tiene prestado de no hacer renunciaciones, cesiones ni donaciones, ni conceder licencias para testar, ni ha hecho protesta ni reclamacion contra ésta, ni la hará; y si pareciere, la revoca y anula, y hace un juramento mas que relajaciones se le pueden conceder, para la mayor validacion y subsistencia de este instrumento y de los que en su virtud se otorguen, á cuya firmeza obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones &c.

NOTA.—Los padres y demás ascendientes no pueden conceder la licencia para testar á sus descendientes legítimos por escritura, como la anterior, sino en el propio testamento ó poder para testar que otorguen, aprobándolos, firmándolos, obligándose á no reclamarlos, como tampoco la licencia, y poniendo las demás cláusulas concernientes en los propios instrumentos, pues no basta que el escribano ó los otorgantes digan que se la conceden, antes bien es preciso que los mismos ascendientes lo digan, y juren no revocarla, y lo firmen si saben ó sus testigos por ellos, como si la dieran por escritura separada: lo que tendrá presente el escribano para evitar dudas y pleitos.

FÓRMULA

PARA NOMBRAR TESTAMENTARIOS UNIVERSALES EN EL CASO EN QUE HABLA EL PARRAFO 4, CAPITULO 17 DE LOS TESTAMENTOS.

43.

Nombro por mis testamentarios á N. N., y á cada uno insólidum, y les confiero amplio poder y absoluta facultad para que luego que fallezca, sin intervencion, ciencia ni concurrencia de mis herederos, ni de la justicia, recojan las llaves de mi casa, entren y se apoderen de mis bienes, hagan ante escribano descripcion ó inventario estrajudicial de ellos, y los tasen, á cuyo fin elijan peritos, paguen lo que estoy debiendo, y lo que con motivo de mi fallecimiento se adeudare en mi entierro, misas y demás cosas que ocurran, y para ello vendan en almoneda ó fuera de ella los suficientes; pidan judicial ó estrajudicialmente, y den, tomen y ajusten cuentas, nombrando contadores y personas prácticas y tercero en discordia, ó pidiendo se nombre de

oficio en rebeldía, aprobándolas si están arregladas, y en su defecto esponiendo y aclarando los agravios que incluyan, transijan y comprometan todos los créditos y deudas que tenga á mi favor y contra mí, y los pleitos que actualmente están pendientes, y en adelante se susciten, cobren judicial y extrajudicialmente lo que por cualquier motivo se me está debiendo y debiere, y formalicen los competentes resguardos á favor de los pagadores, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados: entreguen á los legatarios sus legados: dividan y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo á la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad; y practiquen finalmente y todos y cada una de las cosas esplicadas, y sus incidentes, cuanto yo practicaria si por mí mismo lo hiciera, hasta que se concluya mi testamentaria; consultando en lo que hubiere duda, con dos letrados de conocida ciencia y esperiencia, y ejecutando lo que unánimes resuelvan por escrito, á fin de justificar su conciencia y conducta con sus pareceres; pues para todo lo referido y lo incidente, y para sustituir este poder, ó en su virtud darlo á otras personas si les fuere preciso, se los confiero, y á cada uno in sólido en amplia forma, con libre, franca y general administracion. Los constituyo dueños, y los subrogo en mi propio derecho y lugar: les prorrogo el término legal por el que necesiten fê sin limitacion; y prohibo á todo juez eclesiástico y secular se mezcle en cosa alguna con apariencia de celo, ni impida á mis apoderados el uso de las amplias facultades que les dejo concedidas; y si lo intentaren, mando que se quejen de él al superior para que le inhíba enteramente.

Así mismo mando que si alguno de mis herederos ó legatarios reclamase y se opusiere total ó parcialmente á lo que ejecuten (ó el que primero tome conocimiento de mis bienes), ó se mezclare sin su beneplácito en ello, ó intentare judicial ó extrajudicialmente interpretar, limitar ó tergiversar las facultades que les dejo, se entienda por el mismo hecho escludido, y no llamado al goce de su parte, pues por el presente le escluyo y privo enteramente de ello, quiero se reparta entre los demás de su clase, y que mis testamentarios ó el que de ellos intervenga, cumpla con hacer dicha descripcion y manifestar á mis herederos relacion jurada de los gastos ocurridos, y que éstos estén obligados á darle el resguardo correspondiente á su seguridad, sin tener accion para decir de agravio de dichos gastos y division, ni pretender otra cosa que tomar la parte que mis testamentarios digan les toca, porque todo lo fio á su conciencia, y ha de ser visto en la propia forma si lo doy y lo reciben de mi mano, pues así es mi deliberada voluntad, la que encargo al señor juez ante quien se presentaren, haga se observe literalmente como suena, para evitar de esta suerte pleitos, gastos y desazones á mis testamentarios y herederos; y que éstos paguen las costas que causaren á aquellos, y además queden privados de la herencia *Los que desearan instruirse en la fórmula del testamento de un obispo, sordo-mudo, novicio antes de profesar, varios modos de sustituciones y legados, y otras correspondientes á las materias de este título, pueden consultar el tomo 3.º del Arte de notaría de Gomez, últimamente traducida al castellano.*

CONTINUACION DE LA PARTE SEGUNDA.

FORMULARIOS

DE LAS ESCRITURAS CORRESPONDIENTES AL TÍTULO DE LOS MAYORAZGOS, PATRONATOS, CAPELLANÍAS Y SUS AGREGACIONES.

Fundacion de capellania colativa.

44.

En el nombre de Dios Todopoderoso &c. Yo D. N. vecino de esta villa, digo: que por cuanto la divina clemencia me ha colmado de bienes temporales, y carezco de herederos legítimos que los hereden; por tanto, correspondiendo en algun modo á tan grandes favores, y

deseando que las ánimas del purgatorio, y en especial las demis parientes, amigos y bien hechos gocen de algun alivio, y logren cuanto antes la vision beatifica, único fin para que todos fuimos criados, y que al mismo tiempo los vecinos de esta villa tengan una misa mas los dias de precepto para encomendarse á Dios, y ocuparse en rendirle holocaustos, y sus hijos que se inclinen al estado sacerdotal puedan conseguirlo, y vivir con la decencia á él correspondiente, he deliberado fundar capellanía colativa á título de la cual se ordenen; y para que tenga efecto en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete: otorgo que instituyo, erijo y fundo la referida capellanía colativa en la Iglesia Parroquial de esta villa, y altar de. . . para cuya dotacion aplico y consigno los bienes siguientes:

Aquí se espresarán los bienes por menor con sus linderos, cabida, sitio, valor y demás señales por donde sean conocidos, con relacion clara y específica de sus títulos: y proseguiré la escritura.

Importa el valor de los bienes espresados tantos mil pesos, y su renta anual tantos, los cuales declaro me pertenecen en posesion y propiedad, y que están libres de todo gravámen; y de ellos sin quedar obligado á eviccion, ni mis herederos ni sucesores en tiempo alguno, instituyo la citada capellanía con las siguientes condiciones:

Los mencionados bienes jamás se puedan vender, trocar, donar ni enagenar, ni tampoco separar, dividir, ni gravar total ni parcialmente, aunque para ello intervenga autoridad pontificia ocurra la causa mas grave y urgente, y sea para mayor incremento de esta capellanía; porque lo prohibo espresamente, y quiero y mando que estén siempre unidos, incorporados y libres de todo gravámen, y sean inenagenables, indivisibles é imprescriptibles, y asimismo que no se arrienden por mas tiempo que el de tres años fructíferos segun lo dispuesto por derecho canónico.

Los capellanes han de tener bien labrados, cuidados y reparados de todo lo necesario los bienes de esta capellanía á costa de su renta, de suerte que vayan siempre en aumento y no en disminucion, y no haciéndolo, pueda apremiarles á ello el visitador eclesiástico de esta diócesis, y si amonestádoles no lo cumplieren, nombrar persona que á sus espensas lo ejecute, y embargarles la renta; previniendo que aunque se consuma la de un año ó mas en su beneficio y reparo, no por eso han de minorar ni reducir sus cargas en él ni en otra alguna, porque con lo que producen tienen para vivir con decencia y cuidar de su conservacion y aumento, y por lo mismo prohibo su reduccion; y encargo la conciencia al juez eclesiástico á quien se pidiere.

Han de celebrar por sí propios en dicho altar todos los dias de fiesta del año (incluso el de titular de esta ciudad) misa rezada con su responso á las doce en punto de cada uno, y aplicarla por mi alma, las de mis parientes, amigos y bienhechores y demás del purgatorio; y para que acudan y puedan llegar á ella los que no la hubieran oido, se han de tocar tres veces las campanas y la última un cuarto de hora antes de las doce. Si estuvieren enfermos les concedo facultad para que elijan otro que las celebre por ellos, dándoles precisamente tanto de limosna por cada una, y no menos; pero con ningun pretexto ni motivo lo han de poder nombrar, aunque estén ocupados en servicio del señor obispo de esta diócesis ó de su Iglesia ú ocurra otro grave, y para ello obtengan licencia de su santidad, porque lo prohibo espresamente, y quiero y mando que residan en esta ciudad, y celebren por sí todas las misas no estando enfermos; y si no obstante la obtuvieren, pierdan enteramente la renta desde el dia en que estuvieren ausentes de esta ciudad hasta el en que volvieren á celebrar por sí mismos exclusive, y la lleve el que por ellos cumpliere, á quien doy amplio poder para su percibo, previniendo que esta prohibicion de ausencia no se estienda á las semanas en que no haya dia de fiesta, pues les permito que puedan estar ausentes toda la semana con tal que no falten el dia de fiesta para celebrar la misa.

Por las tardes de todos los referidos dias, han de enseñar la doctrina cristiana en la Iglesia Parroquial de esta ciudad á los muchachos y adultos de ambos sexos que quisieren ir á aprenderla, y ocuparse en esta cristiana diligencia dos horas completas, y despues rezar el rosario á coros, y la letanía y salve cantadas, teniendo á su costa dos velas encendidas en el altar de la virgen, sin que á ello puedan escusarse; y no haciéndolo pierdan la mitad de la renta de aquel

dia, la que deberán entregar al cura párroco, y éste distribuirla entre los mas necesitados de su parroquia; y lo mismo ha de practicar el que celebrare la misa durante su ausencia y ocupacion bajo de la propia pena, al cual en este caso ha de nombrar el cura párroco, y le encargo sea de los mas pobres y virtuosos; pero si los capellanes estuvieren enfermos los relevo de esta obligacion, y al que elijan para que por ellos celebre las misas.

Los que se ordenen á título de capellanía, han de celebrar misa á los veintiseis años cumplidos de su edad á los menos, y si entonces no estuvieren capaces ó tuvieren otros impedimentos que no sea enfermedad, la pierdan, y no se les pueda prorogar este término, y por el mismo hecho sin practicar mas diligencias ni monicion, pasen los patronos á nombrar otro, y éste sea el capellan legítimo; pues lo escluyo para siempre de su obtencion; y para que si están ordenados in sacris no pretesten que no se les puede quitar ni remover, prohibo que se ordenen antes de los veinticinco años, y quiero que en el restante reciban precisamente las órdenes de diácono, subdiácono y presbítero.

Los capellanes que obtuvieren esta capellanía han de ser precisamente confesores, y no estando capaces para ello á los veinticuatro años de su edad, no se ordenen á título de ella, pues los escluyo de su obtencion, y quiero que pase inmediatamente al que elijan los patronos, á cuyo fin, para que su eleccion sea hecha con madurez y justificacion, harán se les requiera judicialmente, exhiban la aprobacion del ordinario, y no exhibiéndola, hagan el nombramiento en otro: ordenados que sean á título de ella los presbíteros, tengan obligacion de asistir al confesonario todos los dias de fiesta, y especialmente los de la Virgen, San José, y demás en que los vecinos de esta ciudad acostumbran confesar y comulgar, y no haciéndolo, puedan ser corregidos por su prelado á instancia del cura párroco; pero antes de delatarlos debe amonestarles tres veces que cumplan esta condicion.

Para la obtencion de esta capellanía nombro por mi primer capellan á Fulano mi sobrino, hijo de Fulano, y por su fallecimiento á Fulano, tambien mi sobrino, y si ambos falleciesen ó no quisieren seguir el estado sacerdotal, me reservo el nombrar á los que me parezca durante mi vida; y despues de todos llamo á mis parientes pobres y virtuosos, sin predileccion alguna de líneas ni grados, de modo que justificando serlo, queda al arbitrio de los patronos nombrar al que mas pobre y virtuoso les parezca, para evitar de esta suerte pleitos y discordias, sobre lo que les encargo la conciencia; y no habiéndolos en esta ciudad ó fuera de ella, ó no inclinándose al sacerdocio, puedan gozarla los hijos de los vecinos de esta ciudad, cuyos padres y abuelos paternos y maternos no hayan cometido crimen de lesa magestad divina ó humana, ni otro de los espresados, ni incurrido en infamia, ni tampoco descendan de judios, moros, hereges nuevamente convertidos, ni penitenciados; y siendo limpios de lo referido, puedan los patronos elegirlos por capellanes, mirando igualmente su pobreza y virtud, y para que no se dude cuál debe llamarse pobre en este caso, mando que se estime y tenga por tal el que no tuviere de renta patrimonial ó eclesiástica segura cien pesos libres, sin incluir la limosna de la misa y demás cargas anuales, pues éstas deben escluirse para el cómputo. Y porque puede suceder que vacante pretendan esta capellanía dos ó mas parientes míos, para que los patronos no tengan escrúpulo en su provision, mando que si son iguales en pobreza y virtud, la confieran al mayor en edad; pero si no es tan pobre y virtuoso como el menor, sea éste preferido, y lo mismo observarán con los llamados á falta de parientes. Y si sucediere que al tiempo de la vacante no comparezcan mis parientes, y por esta razon se proveyese en un extraño, quiero que en este caso, si el extraño no estuviere ordenado in sacris á título de ella, la lleve el pariente; pero estándolo no se la pueda quitar, aunque alegue que no llegó á su noticia la vacante, pues le escluyo por aquella vez de su obtencion; y para que mis parientes sepan la vacante de esta capellanía y disfruten el beneficio de su goce con preferencia á los extraños, mando que luego que fallezcan los poseedores, hagan los patronos fijar edictos en esta ciudad y en tal y tal, en donde tengo mi familia, y hasta que pasen los tres siguientes á los dias de su fijacion no la provean, pues les prorogo el término legal.

Habiendo en esta ciudad estudiantes, hijos de padres pobres, honrados, no pueda conferirse esta capellanía á presbítero, escepto que sea mi pariente y no haya estudiantes que lo sean, pues mi ánimo es preferir mis parientes estudiantes á los presbíteros, aunque tambien lo sean, y éstos á los estraños; que con la esperanza de obtenerla se dediquen á la virtud y apliquen al estudio y que con el residuo de su renta lo prosigan y se habiliten hasta que cumplan los veinticuatro años; y si aunque al tiempo de la vacante no haya estudiantes parientes míos, los hubiere despues que el presbítero, ya sea ó no mi pariente la poseyere, mando que éste la deje, y la confieran los patronos al estudiante mi pariente mas pobre y virtuoso que hubiere entre los pretendientes; pero los estraños nunca sean preferidos á mis parientes aun en el caso de que éstos sean presbíteros y aquellos no. Y si no hubiere estudiantes, parientes ni estraños, elegirán los patronos por capellan cumplidor interino hasta que los haya capaces de ordenarse de primera tonsura á título de ella, al sacerdote mas pobre y virtuoso el cual ha de ser precisamente confesor, y percibir íntegramente su renta, y despues que haya estudiante ordenado, continuar cumpliendo sus cargas mientras éste no sea presbítero, y percibir únicamente en este caso la renta á ellas correspondiente, y no mas ni menos, y el sobrante sirva al capellan para que prosiga sus estudios; y para que se tenga por estudiante baste que esté estudiando con cualquier maestro de latinidad, aunque no vaya á universidad ni en ella se matricule.

Esta capellanía se ha de entablar entre las de dicha iglesia parroquial; para que el ordinario eclesiástico la visite, y compela al capellan al cumplimiento de sus cargas y conservacion de sus bienes, el cual ha de pagar los derechos de visita y subsidio, y los que por la sinodal de este obispado están señalados y señalaren á la fábrica y sacristan por suministrar los ornamentos, cera, oblatos, asistencia de éste á su celebracion y demás que sean de su cargo; y no estando señalados, mando que los consigne el Sr. visitador que primero la visite, y despues no se aumenten ni minoren; y así mismo que los títulos de sus fincas y una copia de esta fundacion se archiven en el ayuntamiento de esta ciudad, y no se saquen de él sin intervencion de los patronos, sino para cosa indispensable, volviéndose luego á él, ni pasen en poder de éstos ni del capellan con ningun pretesto.

Para hacer los nombramientos de capellanías elijo por patronos á los alcaldes y regidores constitucionales que por tiempo fueren de esta ciudad, y si al de la vacante no hubiere mas que un alcalde y un regidor puedan éstos hacerlo; y les confiero amplio poder y facultad para que en todas las vacantes que sucedan, las ejecuten sin otro respeto ni atencion mas que al cumplimiento de mi voluntad, ni cometan simonía, pues si ésta se verificare, los privo y escluyo de volver á nombrar por aquella vez, y al capellan de obtener la capellanía, aunque esté hecha la colacion, y quiero que pase al que nombre el ordinario con arreglo á esta fundacion y que los patronos en pena de la simonía restituyan las propinas que hubieren percibido, no puedan pretenderla, ni el capellan que elija el ordinario esté obligado á dárselas. Y para que con mas acierto y conocimientos los hagan, se han de juntar los patronos en casa del alcalde mayor en edad, y enterarse por menor de esta fundacion, la que les leerá el escribano de ayuntamiento, ante quien ha de pasar, y los edictos con todo lo demás que ocurra; y por el trabajo de esta eleccion ha de dar el capellan tantos pesos, por una vez, á cada patrono, y tantos al escribano, y no más; y si estuvieren discordes sea tercero el párroco, á quien deberán entregar tanta parte de propina como cada uno lleve; de modo que las que habian de percibir los cuatro, se repartan igualmente entre los cinco, sin que el capellan sea por esto mas gravado, ni el escribano perjudicado en la suya, observando lo mismo en caso que no haya mas que un alcalde y un regidor; y tambien confiero amplio poder y facultad á los capellanes para que con el nombramiento de los patronos, y á mis dos sobrinos y demás que elijan, con éste, obtengan y gocen esta capellanía, se ordenen á título de ella, y cumplan sus cargas, á cuyo fin desde ahora les hago gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con las firmezas y requisitos legales de los bienes con que queda dotada; me desapodero, quito y aparto del derecho que á ellos me toca, y lo cedo, renuncio y traspaso en ellos con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y



ejecutorias. Así mismo se lo confiero para que tomen la real tenencia y posesion que por virtud de esta fundacion y respectivos nombramientos les correspondan, y por posesion real, otorgo á su favor esta escritura, y pido al presente escribano que de ella saque dos copias autorizadas, una para los capellanes que entregará al primer llamado y todos deberán conservar, y otra para archivarla con los títulos de propiedad de los mencionados bienes que estoy pronto á entregar con la cual sin otro acto de aprension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado y trasferido, selas, y en el interin me constituyo su inquilino y precario poseedor; y quiero y consiento que desde hoy se exijan y conviertan, como los doy por convertidos, en eclesiásticos, y suplico al ilustrísimo Sr. obispo de esta diócesis, su provisor y vicario general, y á sus sucesores hayan y tengan por erigida y fundada con las estabilidades y solemnidades necesarias esta capellanía, supliendo, como doy por suplido, cualquier sustancial defecto que contenga, y á los prenotados capellanes por legítimos; y en su consecuencia que les hagan la colacion y canónica institucion que se requiere aprobando ó confirmando esta fundacion, é interponiendo á ella su autoridad y judicial decreto en forma; y me obligo á no revocarla con pretesto alguno, y si lo hiere sea nulo y visto haberla aprobado y ratificado. Y declaro, y siendo necesario juro en solemne forma, que no necesito los bienes de su dotacion, y que me quedan los suficientes para mantenerme con decencia segun mi calidad y esfera; pero no quedo obligado á eviccion y al cumplimiento de todo lo espuesto obligo mis bienes &c. (Aquí se pondrán las cláusulas generales y si se quiere, la aceptacion del primer capellan, y la toma de razon en la oficina de hipotecas).

45.

Nombramiento de capellan.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, D. N., vecino de ella, poseedor del mayorazgo que erigió N., y como tal patrono único de la capellanía colativa que instituyó en la parroquial de Sta. María de tal lugar, dijo: Que la referida capellanía está vacante por fallecimiento de D. N., su último poseedor, que acaeció en tantos de este mes y para que haya persona que cumpla sus cargas, usando de las facultades que el fundador le confirió, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho.—Elige y nombra por capellan de la mencionada capellanía á D. N., natural del mismo lugar, presbítero, benemérito, en quien concurren todas las circunstancias apetecidas por el fundador; y le confiere poder irrevocable, con libre, franca y general administracion para que la obtenga y goce, cumpla sus cargas desde el día siguiente al de la vacante, y comparezca ante el ilustrísimo señor obispo de esta diócesis ó su vicario general, pretendiendo le haga la colacion y canónica institucion, mande dar la posesion real, actual, corporal, vel cuasi, en forma de ella con recudiimiento de frutos, y obligacion á cumplir las cargas á que están afectos sus bienes desde el citado día, pues el otorgante se lo pide y suplica: la da por tomada en nombre del fundador con la solemnidad legal: jura por Dios nuestro Señor y la señal de la cruz, en forma de derecho, que para hacer este nombramiento y presentacion no ha intervenido, interviene, ni intervendrá directa ni indirectamente dolo, dádiva ni otra especie de simonia ni pacto ilícito reprobado por los cánones y disposiciones pontificias; y se obliga á no revocarlo ni variarlo, á menos que el Sr. provisor no quiera hacer la colacion al nombrado por justas y legítimas causas que tenga y el otorgante ignora, pues en este caso se reserva la facultad de nombrar, luego que se las haga saber, al que sea digno y en el interin protesta no le corra término, ni sea perjudicado en el derecho de presentar, mediante no constarle que en el nombrado haya defectos para no ser admitido á la obtencion de esta capellanía. Y á haber por firme este nombramiento en los términos propuestos, obliga sus bienes muebles, raíces, derechos y acciones presentes y futuros.

NOTA.—Si el nombramiento se hiciere á favor de un lego para que se ordene á título de la capellanía se espresará en él, y el patrono suplicará al ordinario diocesano que le ordene; y si la fundacion le previniere término, se mencionará en el nombramiento, previniendo que si en él no estuviere ordenado in sacris, procederá el patrono á elegir otro con arreglo á la fundacion. En las presentaciones de beneficios, prebendas y otras dignidades eclesiásticas, se requiere la misma forma que en las capellanías colativas, alterando lo que sea de caso. Se previene que si el fundador deja á la capellanía algun capital de censo redimible, se ha de poner en la escritura de su institucion: que cuando se redima no entre en poder del capellan ni patrono, sino que se deposite por la justicia á quien competa su conocimiento, y con su intervencion y la de aquellos se vuelva á imponer ó á emplear en fincas seguras.

46.

Fundacion de escuelas de primeras letras.

D. N. de N., natural de tal parte, y vecino de esta ciudad de tal, digo: Que por cuanto en el espresado lugar de mi naturaleza, y en estos contiguos á su término, como aldeas pobres, no hay escuelas de primeras letras; por cuya razon los hijos de sus vecinos se crián y viven sumergidos en la ignorancia, y no pueden ser útiles á Dios, á la república, á sus parientes ni aun á sí propios: por tanto, para evitar cuanto está de mi parte los daños que padecen, y manifestar de algun modo mi gratitud á este pueblo, he determinado fundar una escuela, á cuyo efecto construyo una casa de cal y canto, firme y muy capaz, en el citado lugar con una huerta que le agregué y cerqué, que ha de disfrutar y habitar el maestro que fuere de ella; y para que tenga efecto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, erijo, fundo y constituyo para despues de mi fallecimiento una escuela perpétua de primeras letras, en el mencionado lugar de tal con las condiciones y dotacion siguiente:

El que hubiere de regentar la mencionada escuela ha de tener juridicamente título de maestro de la autoridad competente: cuyo título, sin otro documento alguno, baste para ser admitido al uso y ejercicio de su ministerio por los patronos que elegiré, respecto deber hacer constar su idoneidad y suficiencia á éstos para su admision.

Ha de admitir en su escuela á todos los niños y adultos, así del referido lugar como de sus inmediaciones, y de otras partes que vayan á ella, sin excusa alguna, y enseñarles con amor y perfeccion la doctrina cristiana, y á leer, escribir y contar, y el ayudar á misa; y en su enseñanza ocupará indispensablemente seis horas cada dia de trabajo de los meses desde 1.º de Octubre hasta el fin de Abril, las cuatro por la mañana de ocho á doce, por la tarde de dos á cuatro; y ocho horas desde el 1.º de Mayo hasta fin de Septiembre de cada año, las cinco por la mañana de siete á doce, y las tres por la tarde de tres á cinco por la mañana de siete á doce y las tres por la tarde de tres á seis: á fin de que de esta suerte los discípulos de los lugares vecinos puedan tener una hora de dia á lo menos para volver á sus casas, y se eviten las funestas resultas que de lo contrario pueda haber.

Podrá tener pupilos en su casa, y tambien labranza, y todo lo demás que quiera como vecino del pueblo, con tal que por cuidar de ésta no falte al cumplimiento de su ministerio, pues si se le impidiere, le han de privar de tener los patronos, sin que de la providencia que sobre este particular den, tengan recurso ni apelacion á juez alguno, por ser puramente económica y gubernativa, y es mi deliberada voluntad que lo que acerea de esto ordenen, ó el que haya de ellos en el pueblo, si los demás estuvieren ausentes, se ejecute inviolablemente, y no otra cosa; á cuyo fin prohibo á todo juez que tome conocimiento, y se mezcle en ello; y los discípulos han de poder ir á la escuela todo el tiempo que quieran sus padres, tios, tutores ó personas bajo cuyo dominio existan, sin que el maestro pueda oponerse, ni deje de admitirlos á pretesto de que tardan en aprender respecto no dar Dios á todos iguales talentos.

A mas de lo referido ha de rezar con sus discípulos de rodillas todos los días por las tardes en la escuela el tercio del rosario, la letanía de la Virgen, un credo al Espíritu-Santo, una salve y un padre nuestro al Señor, y aplicarlo por mi alma, las de mi obligacion y purgatorio; pero en los meses, desde 1.º de noviembre hasta fin de febrero anticipará el rezo media hora, para que los niños de las otras parroquias puedan regresar á sus casas con tiempo suficiente, y no se priven de esta devocion cristiana tan útil que conviene se les infunda y radique diariamente en el alma, á fin de que adquiriendo el hábito desde su infancia no lo pierdan jamás.

Todos los sábados y vísperas de las principales fiestas de nuestra Señora, no siendo lluviosos, ó frios, han de ir á rezar con sus discípulos las referidas devociones á la iglesia parroquial, tocando un cuarto de hora antes la campana, por si algun devoto quiere ir á rezarlo en su compañía. Y en dichos sábados en lugar de leccion por la tarde les ha de enseñar solamente la doctrina cristiana antes del rezo, y admitir indistintamente á cualquiera persona que quiera ir á oirla y aprenderla, y disolverles con amor y agrado todas las dudas que les ocurran y le pregunten, sin que á ello se pueda excusar, ni pretender le dén estipendio ni gratificacion por esta razon.

Ha de enseñar graciosamente á todos los hijos de los vecinos del referido lugar de tal, sin que aunque sean ricos pueda pedirles ni mandarles judicial ni estrajudicialmente por su enseñanza cosa ni cantidad alguna, pues debe contentarse con la asignacion anual que por esta razon le hago, y no ocuparlos, servirse de ellos, ni dejar de poner para que aprendan, la misma aplicacion, cuidado y vigilancia que con los que mensualmente le paguen.

Pero á todos los de las otras parroquias pueda pedir y llevar el estipendio correspondiente á su trabajo con arreglo al estilo del pais, ó segun con sus padres ó tutores se convengan; y si no se lo satisfacen puntualmente, no esté obligado ni pueda ser compelido por título alguno á admitirlo en su escuela ni á enseñarlos; ni tampoco lo esté á dar graciosamente ni á unos y otros papel, tinta ni plumas, pues deberán traerlo todo de sus casas, ó comprarlo, como igualmente los libros en que han de leer y aprender. Y le ruego y encargo encarecidamente que siendo verdaderos pobres y especialmente hijos de viudas miserables los de las otras parroquias, use francamente con ellos de caridad, y no les prive del beneficio de la enseñanza por no pagarle, pues bastante trabajo tienen en serlo y Dios se lo premiará como de veras se lo pide.

Por cuanto es justo dar á los maestros algun alivio y desahogo de la fatiga que causa la enseñanza, especialmente á niños, quiero que no haya escuela en las vacaciones de Navidad y Pascua de Resurreccion, á saber: desde la víspera de la Navidad exclusive hasta el día de la Adoracion de los Santos Reyes inclusive que son trece días; y desde el miércoles santo hasta el día siguiente al domingo de Quasimodo que son once días: ni los tres de carnaval y ceniza. Y concedo facultad al cura párroco y demás patronos para que en el discurso de cada año le dispensen por via de recreo quince días mas, juntos ó separados, segun quiera elegir y le acomode, y no mas; y mando que si los pidiere no se le denieguen, por ser mi ánimo que en ellos se recree, y que nada se le descuenta de su asignacion para que en el resto del año trabaje con mayor esmero y aplicacion; pero le prohibo tomarlos y usar de ellos de autoridad propia sin pedirlos, y si lo hiciere, se le descuenta lo que en la cláusula siguiente se dirá; previniendo que por no pedirlos ni disfrutarlos en un año no ha de tener accion á que se le concedan duplicados en el siguiente, ni aunque los pretenda se los han de poder conceder; y todos los demás días de trabajo del año los ha de emplear indispensablemente en la escuela las horas prefijadas, sin que en ninguno, aunque sea en el del santo de su nombre, haya dispensa con pretexto ni motivo por urgente que sea, á fin de que los discípulos no se atrasen, pierdan el tiempo, ni malgasten sus padres el caudal con ellos, ni los patronos tengan facultad de concedérsela, pues se los prohibo.

Si el maestro necesitare hacer ausencia del pueblo por mas tiempo que el de ocho días continuados, á mas de los quince de recreo, ya sea para negocio propio, recobrar su salud, ó para otro efecto, tenga obligacion de dejar á sus espensas sustituto idóneo, hábil y de buenas pro-

piudades, que evacue su cargo á satisfaccion de los patronos, y no de otro modo; y no dejándolo, se le descuenten de su asignacion todo el tiempo que estuviere ausente del pueblo por cada dia de los que haya de trabajo en su intermedio tantos pesos, y no por los de fiesta, respecto á que en ellos no ha de haber escuela; cuyo descuento ceda á beneficio privativo de la fábrica de la iglesia parroquial del citado lugar; pero no excediendo de ocho dias una vez al año, ningun descuento se le haga, deje ó no sustituto. Previendo que no ha de poder salir del pueblo, ni estar ausente este tiempo ni otro menos útil, sin pedir ni obtener licencia por escrito de los patronos ó del que esté en él, y manifestarles la urgencia; y si sin este previo requisito se ausentare, se le haga el descuento de todos los dias que falte, aunque sean colendos, y deje sustituto, pues quiero que esté sujeto á ellos, y que de su propia autoridad no se tome licencia que no le den, escepto en los dias de vacaciones y carnaval, que no necesita pedirselas.

Si cayere enfermo de enfermedad aguda, no se le haga descuento aunque no haya escuela en un mes, pues mediante ser bastante grave este trabajo no quiero se le aumente, antes si que goce íntegramente la asignacion, y le sirva de algun alivio para ayuda de su curacion; y le relevo y dispense hasta el tiempo del mes en que la enfermedad pueda quitarle la vida, ó ceder enteramente y estar libre, pasado el cual, si no estuviere enteramente convallecido, tenga obligacion de poner sustituto como queda prevenido; pero en el año en que sucediere lo expresado, no pueda pretender los quince dias de recreo, pues quiero que se entiendan incluso en el mes: bien que los pretendiere ó mas, para convallecer, no se le denieguen los patronos, con tal que deje el sustituto, y no en otros términos, pues desde ahora le concedo los que necesite sin limitacion para el recobro de su salud con dicha condicion.

Si por ceguera, accidente ó enfermedad crónica perpétua se imposibilitare algun maestro de continuar para siempre en la enseñanza, pueda sustituirle un pasante propuesto por los patronos, aprobado como el maestro precisamente, y de iguales circunstancias y suficiencia en su ministerio, vida y costumbres, pagándole el maestro la cantidad en que se convenigan; y no conviniéndose los dos, puedan los patronos señalar al pasante lo que estimen correspondiente á su trabajo, mirando siempre á que quede al maestro con que alimentarse, con cuyo señalamiento si el sustituto no se conformare, prohibo que sea propuesto jamás para maestro en vacante alguna; pero si se aquietare y conviniera, mediante ser justo, sea atendido y remunerado: quiero y mando que cumpliendo con su obligacion en todo, sea admitido por maestro en propiedad, y no otro alguno, por fallecimiento del propietario, y se le espida el competente título, pues desde ahora le nombro y prohibo que haya oposicion, y á los patronos que hagan propuesta de otro, y escluyo á cualquiera pretendiente, sin escepcion, mientras viva y cumpla, sin que esto se pueda alterar, interpretar, ni con pretesto alguno hacer lo contrario, por ser el sustituto acreedor de justicia, atento su mérito, y mi voluntad deliberada el que así se ejecute.

Ningun maestro pueda ser despojado ni removido de la escuela, escepto por abandonar y no cuidar de sus discípulos, ó por no practicar lo que queda expresado; ó aunque lo practique y cumpla en esta parte con su obligacion, por embriaguez, ser blasfemo ó incontinente, ó tener otro vicio capital que cause nota ó escándalo público, y dé mal ejemplo á los niños y personas timoratas, por cuyas causas ó cualquiera de ellas le han de poder remover, quitar y despojar de la escuela los patronos, ó el que de éstos exista en el pueblo; pero para ello han de preceder cuatro amonestaciones que deberán hacerle, la primera sigilosamente, y las restantes á presencia de tres personas vecinas del pueblo cada una; y si con la cuarta amonestacion y conminacion persistiese obstinado en sus excesos y abandonos, ó en cualquiera de ellos, les concedo amplia potestad para que le echen de la casa y despojen de la escuela por medio de la justicia, y mando que no se le permita volver á ella ni enseñar, y que no se oiga ni admita recurso, pues constituye á los patronos jueces privativos y únicos, sin apelacion ni superior que les mande en este caso, como puramente económico, gubernativo, y que tiene su tendencia al bien comun, para lo cual aun que sea sacerdote le remuevo, y ha por removido y despojado desde ahora, y le privo y escluyo entera y absolutamente de volver á regentar jamás la escuela en

atencion á las perjudicialísimas resultas que de su tolerancia y conservacion se pueden irrogar, y á que por su pertinacia y obstinacion él mismo se quita el crédito y empleo. Sobre todo lo cual encargo la conciencia á los patronos, y especialmente á los curas párrocos que fueren del espresado lugar, como verdaderos pastores de aquella grey, por lo que interesa al bien público y al honor del maestro, el que todo se practique con arreglo á lo que en esta cláusula queda prevenido y no en otros términos.

Para regentar la escuela puedan los patronos proponer clérigos in sacris, ó secular casado ó soltero, sin que aunque concurren de las tres clases á pretenderla, haya predileccion por razon del estado ó carácter, pues solo se ha de atender á que sea cristiano, de prudencia, vida y costumbres arregladas, y de este acto informarse antes de proponerlo, y que sepa la doctrina cristiana, leer letra antigua, y moderna manuscrita y de molde, escribir y contar perfectamente, y no una cosa sin la otra; pero si alguno de los pretendientes fuere pariente mio en cualquier grado por remoto que sea, obtenga la preferencia á todos, concurriendo en él copulativamente las circunstancias y aptitud especificadas, y no en otros términos, y los patronos tengan obligacion de admitirlo y proponerlo, espresando serlo en la propuesta que hagan al señor alcalde, sin emargo de que no conste sino por fama pública á los vecinos del enunciado lugar, para que estando adornado de las nominadas cualidades, le espida el título; y si no lo propusiere, pueda hacer el competente recurso al señor alcalde mayor, á fin de que le admita con prelacion á todos los estraños en idénticas circunstancias, y no por solo ser pariente mio.

Elijo y nombro por patrono de esta memoria y obra pía, patronato real de legos, al señor cura párroco que es y fuere del espresado lugar de tal, al pariente mio ó estraño que poseyere el mayorazgo que tengo fundado, y al regidor mayor en edad que hubiere al tiempo de las vacantes en el citado lugar, y si fuere pariente mio y poseyere el espresado mayorazgo, tenga dos votos por los dos respectos de regidor y poseedor, y les confiero amplio poder y facultad para que juntándose en casa del señor cura, por ser persona mas digna por su ministerio y carácter, acuerden hacer las proposiciones de maestro y sustituto en dos ó mas sugetos de las calidades espuestas, á fin de que el alcalde mayor referido los remita á exámen, si no tuvieren títulos de maestros, y siendo todos idóneos, elija al que le parezca sin prelacion, escepto que sea pariente mio, pues éste debe preceder á los estraños en iguales méritos ó circunstancias, no habiendo el sustituto que haya regentado la escuela por enfermedad ó imposibilidad del maestro, como queda espuesto en la cláusula undécima, porque si lo hay ha de entrar inmediatamente á ejercer el ministerio de maestro, y no haber proposicion, exámen ni eleccion. Y si todos salieren reprobados, ó despues de propuestos se descubriese en ellos algún vicio ó defecto capital, vuelvan los patronos á proponer todas las veces necesarias hasta que alguno de los propuestos sea aprobado (pues ninguno ha de poder ser admitido sino á proposicion suya, ni el alcalde mayor elegir de autoridad propia jamás), y al que lo sea de los propuestos, espida el título competente el referido alcalde mayor, ó quien su lugar ocupe en caso de no haberlo, ó estar ausente ó enfermo, y desde el dia que tome posesion inclusive perciba su asignacion y emolumentos, y los en que estuviere vacante la escuela por no haber sustituto queden á beneficio de la fábrica de la Iglesia Parroquial del mencionado lugar; pero habiendo el sustituto referido, en este caso, como que es y debe ser conceptuado por maestro, los ha de percibir desde el siguiente al de la vacante sin desfálcó, y con el título del alcalde mayor han de poner en posesion los patronos al maestro de la escuela y casa en que han de vivir, sin otro requisito.

Si al tiempo de la vacante no hubiere patrono de sangre en el pueblo, ni apoderado suyo, ni se esperare su pronta venida, puedan el cura párroco, y por su defecto el ecónomo ó interino, y el regidor hacer la proposicion, sin que por su ausencia ni otro motivo se suspenda mas de un mes; pero si viviere en parage en donde puedan noticiarle la vacante, y enviar su poder ó venir antes del mes, estén obligados á participársela inmediatamente para que acuda ó lo remita, y al apoderado se estime por persona legítima como el patrono mismo.

En remuneracion y paga del trabajo que el maestro ha de tener en enseñar graciosamen-

te y sin el menor interés á los niños del espresado lugar, le señalo y mando se le den todos los años doscientos pesos en dinero, que se le han de satisfacer íntegros por tercios ó medios años segun los pida, por el que cuide de los caudales de la fábrica de la Iglesia, y á ello poder ser apremiado ejecutivamente no pagándoselos con puntualidad, cuya satisfaccion ha de hacer con orden por escrito de los patronos, ó del que allí hubiere y no de otra suerte. Y á mas de dicha asignacion anual quiero que viva en la casa que tengo construida, y prohibo que otro alguno pueda habitarla ni disfrutar la huerta sino él, y en vacante el interino ó sustituto; y así mismo que no se pueda destinar para taberna, meson, posada, ni para otro ministerio, uso ni persona la espresada casa.

La fábrica de la citada Iglesia y no los maestros, ha de tener obligacion de hacer los reparos necesarios en la casa y cerca de la huerta del sobrante de la renta que señalaré para todo; y los patronos cuidar de que á tiempo oportuno se hagan, sin dar lugar á que por su retardacion venga tal vez alguna ruina y se frustren mis justas ideas, y así mismo de que el maestro la tenga limpia, y de que por su culpa ó omision no padezca detrimento ni deterioro, amonestándole sobre ello y apercibiéndole será de su cuenta cualquier quebranto que por dichas razones suceda en ella.

Si en la espresada casa ó cerca, ó en ambas sucediere ruina ó incendio por caso fortuito, mando que la fábrica de la iglesia las reedifique y levante incontinenti con intervencion de los patronos; y para que no falte á la escuela y ensenanza, se acomodará el maestro mientras dure la obra y se seca, en la casa mas cómoda que haya en la parroquia, sin que se le suspenda el pago anual de los doscientos pesos por este acaso; y la fábrica pagará tambien el alquiler que en el interin devengue, y todo con acuerdo é intervencion de los patronos, pues el sobrante de la renta es para este efecto y no otro.

Mediante á que anualmente sobran de la renta que actualmente producen los bienes de esta fundacion ochocientos pesos, y que la casa y cerca de la huerta por estar construidas á toda costa, no necesitarán reparos de consideracion en muchos años, por lo que habrá caudal que poder imponer,—mando que el sobrante anual se deposite en una arca con tres llaves que tengo hecha, de las cuales tengo una el párroco, otra el regidor y la otra el patrono de sangre ó su apoderado: que todos los años dé su cuenta á los patronos el que los administre, con apronto efectivo del alcance sin que en esto haya disimulo, pues los hago responsables, y á cada uno solamente, de cualquier desfaleo que por su tolerancia, culpa ó negligencia padezcan las rentas y bienes de esta fundacion: y que el arca se coloque en la iglesia en la pieza en que están las que tienen los caudales de ésta. Y así mismo mando que en la propia arca se pongan los títulos y papeles que la correspondan; y que cada diez años ó antes se emplee el líquido sobrante en bienes raices, ó se imponga á censo á beneficio y aumento de esta obra pía. Y prohibo que el referido caudal se preste, ni de él se haga otro uso alguno mas que el referido, y que en esto se pueda dispensar, sobre todo lo cual encargo la conciencia á los patronos.

Atendiendo á que los patronos que dejo nombrados, y el que administre los bienes de esta fundacion, que será el administrador de los de la fábrica, son dignos de recompensa por su trabajo, señalo á éste el cinco por ciento de los que anualmente cobre, y á cada patrono sesenta pesos annos, que debeán percibir al tiempo que tomen la cuenta al administrador, y éste datárselos en ella, para que se deposite en el propio acto con la cuenta en el arca, pues de ningun modo permito se quede en poder del administrador, al cual han de poder apremiar á darla y á aprontarla para dicho efecto por todo rigor de derecho y vía ejecutiva; y de su omision en esto los constituyo responsables.

Por cuanto puedan ocurrir algunas cosas que yo no haya tenido presentes, ni por consiguiente prevenido, concedo amplio poder y facultad á los patronos, para que sobre ellas resuelvan, como fieles intérpretes de mi voluntad, lo que yo resolveria, y sea mas conforme al honor de Dios, aumento y estabilidad de esta obra pía y sus bienes, y utilidad de los parroquianos del mencionado lugar y sus confinantes, tomando consejo de hombres doctos y timoratos en lo que

ciudad, ya sean ó no parientas mías, sin ser nombradas á causa de faltar caudal para todas, guardará el secretario de esta obra pia sus memoriales y papeles para el siguiente, espresándose así y sus nombres en el acuerdo, y en la primera junta que celebre en él, se las nombrará con preferencia á otras; y si en el intermedio toman estado, se las paguen sus prebendas, y estimen como efectivamente nombradas, respecto haber acudido en tiempo hábil á pretenderlas; de cuyo privilegio no han de gozar las hijas de los pueblos confinantes, á quienes no tocara la suerte en el caso que se espresará; pero á las casadas, viudas y profesas al tiempo de pretender, no se admita aunque sean parientas mías.

Porque dudarán los patronos cuales huérfanas se han de reputar pobres para tener derecho á las prebendas de esta memoria, deseando evitarles todo escrúpulo, quiero y mando se gradúen y estimen por tales todas las que en bienes raíces, ó en censos, efectos, alhajas ó dinero no tengan tanto cuanto importe la prebenda que soliciten, aunque el valor de la ropa de su casa y uso lo importe; pues no obstante que las mas pobres deben ser preferidas siempre á las menos, no limito tan estrechamente á los patronos las facultades; y aunque en esta parte no procedan con riguroso exámen siempre que las mas pobres sean atendidas primero, les relevo en cuanto á las demás fuera de este caso de toda responsabilidad, por preponderar mas el acomodo de las huérfanas, que el que se den las prebendas á las que no son tan necesitadas, sin perjuicio de las mas pobres.

Si en algun año ó años no acudieren hijas de vecinos de esta ciudad y pueblos de su jurisdiccion huérfanas y pobres, ni parientas mías á solicitar nombramientos, y los patronos dudaren lo que han de hacer del caudal que en él hayan producido los bienes de esta memoria, quiero que siempre que este caso se verifique se invierta en su reparo ó aumento, y no habiendo reparos que hacer puedan nombrar huérfanas pobres, hijas de los otros pueblos confinantes á los de esta jurisdiccion, y no á otras, escepto que en ellos no las haya, para lo cual el secretario de esta memoria, precedido acuerdo de los patronos é informe del administrador, en cuanto á si hay ó no reparos que hacer, y no de autoridad propia, deberá pasar papeles de aviso á los curas párrocos de ellos, encargándoles lo hagan saber á las huérfanas de sus feligreses, prefiniéndolas el término de un mes perentorio, y que por su mano, con certificaciones de pobreza y de partidas de bautismo, horfandad y libertad, acudan á pretender las prebendas. Siendo tantas las pretendientas que no haya caudal para todas, harán los nombramientos en las mayores en edad; y si ni aun para éstas hubiere, las sortearán, y aquellas á quienes toque la suerte serán nombradas, y las restantes quedan escludidas, y se las devuelvan los papeles, pues no las concedo el privilegio de que sean atendidas para el año siguiente, como las hijas de vecino y parientas mías; y para proceder á este nombramiento elegirán el dia que les acomode despues de pasado el mes siguiente á la junta que por Pentecostés ó en su octava han de celebrar indispensablemente para el de las hijas de vecino ó parientas mías, como se dirá.

En ningun año han de poder nombrar los patronos mas huérfanas que las que correspondan á la renta líquida que en él hayan producido los bienes de esta memoria, y esté existente, pues lo prohibo espresamente; y si las nombraren, queden nulos y sin efecto los nombramientos excesivos, sin embargo de que en el arca exista caudal tocante á otras nombradas anteriormente que todavía no hayan tomado estado, ni despues de su nombramiento pasados diez años; pero si alguna de las pretendientas, á quienes no quepa, estuvieren próximas á tomarlo, permito se las nombre, y á su tiempo haga pago del referido caudal depositado, reemplazándolo ó reintegrándolo en el año siguiente, y dejando de nombrar otras hasta que se verifique el reintegro total del estraido del arca ó depósito, pues las que estén próximas á casarse ó á profesar han de ser preferidas no solo en el nombramiento sino en el pago de sus dotaciones á las otras. Y si hubieren pasado los diez años, podrán nombrar tantas cuantas sean las que en ellas no toman estado, y á quienes á haberlo tomado toca el caudal depositado, sin calidad de reintegro, mediante estar escludidas por no haberlo tomado dentro de ellos, como se dirá adelante.

La renta líquida que en cada año produzcan los bienes de esta memoria, deducidas las pro-

pinas de los patronos y secretario, el salario del administrador, y demás gastos y derechos que se espresarán, se ha de convertir indispensablemente en prebendas ó dotaciones de á doscientos pesos por una vez, y no menos para cada huérfana soltera, hija de vecino de esta ciudad ó de alguno de los pueblos de su jurisdiccion; y si fueren parientas mias se dé á cada una trescientos pesos por una vez, y nada menos ni á unas ni otras; pero á cada hija de los pueblos confinantes en ningun tiempo se dé mas que á cien pesos; cuya respectiva cantidad se les deberá entregar en dinero efectivo, y no en otra especie, sin demora alguna, otorgando quien su accion tenga, ante el secretario de esta memoria, carta de pago á favor de ella y de su administrador, y entregando el nombramiento y certificacion del estado que eligieren, sin otro documento. Y para que se les mande pagar han de presentar memorial á los patronos con la certificacion del estado que tomaron, solicitando el pago, al que deferirán incontinenti, sin cuyo prévio requisito no deberá hacerlo el administrador, aunque tenga caudal en su poder.

Si en algun año ó años despues de bajados los derechos, propinas, prebendas y demás gastos que ocurran, quedase algun residuo que no llegue á cien pesos, se distribuya la mitad en misas por mi alma, las de mi hermano, en oblacion y purgatorio, las que incontinenti mandarán celebrar los patronos á sacerdotes pobres seculares de esta ciudad, dándoles por la limosna de cada una doble estipendio que el asignado por el sinodal ó costumbre; y la otra mitad se dará al hospital de ella, recogiendo el administrador los correspondientes recibos de todos, y espresando su distribucion en el libro de acuerdo; pero si el sobrante llegare á cien pesos, se guardará para la mitad de una dotacion en el año siguiente, y no se dará á hija de vecino de algun pueblo confinante, pues éstas solo han de tener accion á ser dotadas de las rentas de esta obra pia en el único caso de que ninguna de esta ciudad, ni de su jurisdiccion, ni parienta mia ocurra á pretender la dotacion.

Por cuanto los bienes de esta fundacion producen actualmente tantos mil pesos ánuos, y con arreglo á este producto quedan echas las dotaciones respectivas de cien pesos, doscientos y trescientos, quiero que si se menoscabare su renta, se bajen á proporcion en el solo caso de que por acudir varias pretendientas á un tiempo no haya para todas, pues si hubiere para las que ocurran, nada se les ha de descontar, no obstante la minoracion de renta, á cuyo efecto antes de hacer los nombramientos, se verá por la cuenta del administrador que debe precederlos, qué caudal hay existente y vencido sin cobrar, y sin este prévio requisito no procedan á hacerlos.

Para que el caudal distribuido no esté detenido infructuosamente sin servir de utilidad á las huérfanas, ni la tardanza de las nombradas en tomar estado perjudique á las que tal vez por no haberlo cuando pretendieron su dotacion no lo fueron, mando que si dentro de diez años siguientes al dia de su nombramiento no se hubieren casado ó entrado en religion, se tengan por escludas, como las escluyo, ya sean ó no parientas mias, y aunque soliciten reeleccion, no se las reelija, escepto que entonces acrediten estar tratadas de casarse y con quién, ó novicias en algun convento, en cuyo caso, ya hayan trascurrido pocos ó muchos años, no solo se las ha de reelegir, sino pagar sus dotaciones con preferencia á otras posteriores indistintamente, y retroaerse la reeleccion al dia del nombramiento, como si no hubieran pasado los diez años ni los posteriores á ellos. Y para que no sean perjudicadas ni aleguen ignorancia, deberá el secretario espresarlo así en los nombramientos ó acuerdos, y tambien en las certificaciones que las dé; y si lo omitiere, le constituyo responsable á reintegrarlas con su propio caudal del importe de las prebendas á que fueron nombradas, á lo que se le pueda apremiar por todo rigor; y sin hacer dicha prevencion en los acuerdos, no los firmen los patronos. Y á efecto de evitar confusion y dudas, y de que se sepa cuáles han tomado ó no estado, ó muerto sin tomarlo, pondrá el secretario en su libro de acuerdos al márgen del nombramiento de cada una la competente nota de las que lo tomaron, ó se sepa que fallecieron solteras.

Para hacer el nombramiento de huérfanas lo han de ejecutar los patronos una vez á lo menos al año en la celda del reverendo que fuere de tal convento, orden del santo de esta ciudad, en unos de los dias de pascua de Pentecostés, ó dentro de su octava precisamente, á me-

nos de que por enfermedad, ausencia ú otro motivo grave no pueda ser, pues entonces deberán practicarlo al instante que cese; y la elección ó nombramiento ha de ser hecha indispensablemente por todos en junta, y no por uno ó dos solos, ni fuera de ella, y examinarse entonces los papeles de las pretendientas, que deberá llevar inspeccionados el secretario de esta memoria, y dar cuenta á los patronos de lo que de ellos resulte, sin añadir, quitar, omitir ni disimular cosa alguna; pues quiero que en todo se proceda con pureza y justificacion, y que á nada mas se atienda que al cumplimiento literal de mi voluntad, de lo que hago responsables á los patronos y al secretario en la parte que respectivamente les toca. Y en caso de ocurrir duda acerca del derecho de las pretendientas y sus papeles, mando que de los patronos que elegiré, se ejecute lo que dos voten, atendiendo siempre á la piedad y socorro de su miseria mas que al rigor en esta parte.

Además de la junta referida deberán los patronos celebrar las que se ofrezcan para tomar cuentas al administrador, y otras cosas que ocurran, segun lo exijan la necesidad, utilidad, conservacion y aumento de esta obra pia; y si á algunas no pudiere concurrir uno de los patronos por sí ni por su apoderado, valga lo que los otros dos resuelvan y no el uno solo, cuyas juntas podrán hacer cuando estimen oportuno, con tal que en cada año se tome cuenta al administrador; el cual la presente dos meses antes que se celebre la de dotar huérfanas al secretario, á fin de que éste, como fiscal que le constituyo suyo, tenga tiempo de examinarla, instruya á los patronos de lo que de ella resulte, oponiéndola los reparos que advierta, y se sepa qué caudal existe y se puede distribuir á las huérfanas:

Los nombramientos de huérfanas que se hagan se sentarán en un libro de á folio empergaminado y foliado que ha de haber á este único objeto, con expresion de sus nombres y apellidos, los de sus padres, su edad y vecindario, que resulten por los documentos que al tiempo de pretender deberán presentar para su admision, como queda prevenido, cuyos nombramientos, juntas y acuerdos que se celebren para ellos y para los demás que se ofrezca, deberán firmar los patronos, y autorizar el secretario; y para la aprobacion de cuentas del administrador y otras resoluciones que acerca de lo que ocurra convenga tomar, habrá otro igual en que se entenderán del mismo modo, á fin de evitar confusiones; cuyos libros han de existir en poder del secretario, el cual siempre que los patronos ó cualquiera de ellos quieran verlos, se los entregará, recogidos luego que se cercieren de lo que intentan saber; y lo mismo practicará con las cuentas del administrador y con otros papeles que al propio efecto le pidan, y á su manifestacion no deberá excusarse con pretesto alguno.

Como es indispensable que haya persona que administre, arriende y cuide de los bienes de esta fundacion, cobre sus productos y siga los pleitos que ocurran, concedo amplia facultad á los patronos para que elijan administrador que sea precisamente vecino de esta ciudad, lego, llano y abonado, y no clérigo, muge, ni otro que goce fuero, ni pariente por afinidad ni consanguinidad de ellos ni del secretario de esta memoria, pues á todos escluyo y se lo prohibo, y para todo lo referido le conferirán poder bastante ante el espresado secretario; pero antes de conferírsele ha de asegurar la administracion con los bienes raices, libres de toda carga y gravámen, que se hipotéquen especialmente á su responsabilidad, y cuantiosos hasta en tantos mil pesos; y acreditar este valor en venta ante la justicia de ella, que con su anuencia apruebe la fianza; precedida esta aprobacion que les ha de hacer constar, y no antes ni de otra suerte, procederán á conferírsele; y por su trabajo le señalarán el diez por ciento de lo que en cada año cobre de sus rentas; pues desde ahora lo señalo, y no mas, y prohibo se le dé salario fijo.

En el nombramiento de administrador mando se uniformen los patronos, y si discordaren, concedo facultad al que fuere de mi sangre ó á su apoderado para que proponga tres de las calidades espresadas, de los cuales serán obligados los patronos á elegir uno, y la justicia á admitirlo, dando la referida fianza á su satisfaccion; y si por carecer de dichas calidades se los escluyeren, proponga otros, lo cual practique siempre que haya vacante y discordia. Una vez electo y probada su fianza, no podrán removerlo sino por mala veracion de caudales, negligencia, ó malicia en la co-

branza ó en el cuidado de la conservacion de los bienes de esta fundacion, ó por resistirse á dar su cuenta al tiempo prefinido, ó no aprontar el alcance pará depositarlo en el arca al tiempo de su aprobacion.

El administrador no puede hacer pagos algunos sin estrecha órden de los patronos acordada en junta que celebren, ni tampoco reparos mayores que escedan de cien pesos, y si los hiciere, no se le abonen; y aunque preceda, tampoco se le abonarán á menos que presente los documentos justificativos. Si por estar corriente su cuenta se la aprobaren, mandarán al secretario le dé la correspondiente certificacion de solvencia en cada año, y siempre que los patronos le llamen á junta para instruirse de alguna cosa, deberá asistir sin escusa y dar razon de lo que se le pregunte, é informar por escrito si se lo mandaren; y si no lo hiciere no estando enfermo ó impedido, puedan removerlo tambien por esta causa.

Si los patronos no quieren tomar la cuenta al administrador ó aprobarla estando arreglada, podrá presentarla para su aprobacion á la justicia de esta villa, la cual, y no la eclesiástica, ha de conocer de todos los negocios de esta memoria, como puramente laical.

El caudal líquido que cada año produzcan las rentas de esta memoria, no ha de existir en poder del administrador, antes bien éste lo ha de aprontar, y depositarse en el arca que dejare hecha con cuatro llaves para que lo tengan pronto las dotadas; y no se las detenga su entrega ni cause perjuicio en la dilacion; de cuyas llaves tendrán tres los patronos, y otra el secretario, todo lo cual se notará y pondrá por acuerdo, y solo permito dejen en su poder lo que sea preciso para emplear inmediatamente en algunos reparos, ó en pagos de prebendas que se deban y estén mandadas pagar, dando salida justificada de ello en la cuenta primera del año siguiente, en la que se deberá cargar, y de lo que sea dar resguardo separado en el mismo acto, para que se le haga cargo de su importe.

Si se redimiere algun censo de los pertenecientes á esta memoria, se depositará su capital, con intervencion de la justicia y de los patronos, en el arca referida, hasta que con la misma se vuelva á imponer ó emplear en la compra de fincas raices útiles que se subroguen en su lugar; y los patronos, y no el administrador, otorgarán la redencion de él, y de ningun modo entrarán en poder de ellos ni del secretario, ni se podrá prestar á intereses ni sin ellos, pues lo prohibo espresamente, cuya arca esté siempre en el archivo del citado convento de tal, á quien se dará anualmente por tenerla custodiada tanta cantidad. Y para la seguridad de la nueva imposicion del censo se han de bajar todas las cargas perpétuas y al quitar á que estén afectos los bienes que se han de hipotecar, como tambien diez años de sus réditos, el capital del censo referido, y otros diez años de los de éste; y si hechas estas deducciones hubiere de sobrar la mitad, ó á lo menos la tercera parte del valor junto de sus bienes, se dará el censo, y si no, de ningun modo; y si los patronos lo dieran y pareciere, los hago responsables á la memoria, y á cada uno por todo el importe de su capital, réditos y daños que se la sigan por este hecho y condescendencia indebida.

Como mi intencion es que esta memoria sea perpétua, y que sus bienes no solo no se deterioren, sino que antes bien se conserven y aumenten, quiero y mando que si necesitaren reparos, se ejecuten de sus productos, y no de su capital: que si por los gastos que en ellos se hagan no hubiere caudal para dotar las huérfanas, no se nombren hasta que lo haya, ya sean ó no parientas mias, aunque estén próximas á tomar estado, y que en este caso sea visto y se entienda no haber tal memoria. Y cuando así mismo en el de no comparecer huérfanas algunas, ni haber reparos que hacer, se emplee el producto que rindan en los años en que no ocurran, en fincas raices para su incremento con las propias equalidades, como agregadas á las de su ereccion y dotacion.

Para nombrar huérfanas, elegir administrador, tomarle cuentas y para todo lo demás que se ofrezca, me nombro por patrono único durante mi vida, ó por el tiempo de mi voluntad, y me reservo administrar los bienes de esta fundacion; y para despues de mis dias nombro por patrono perpétuo al pariente mio que sucediere en tal mayorazgo, ya sea varen ó hembra; y si par es-

tincion de los llamados á su goce quedaren libres sus bienes, entre al de este patronato con las mismas prerogativas el párroco que por el tiempo fuere de esta ciudad; y por compatronos por sus empleos elijo al prior que fuere del citado convento, y al regidor por el estado noble, y no habiéndolo, al del estado general de ella; y habiendo dos de éste, al mayor en edad; y si lo fuere el que posea dicho mayorazgo, tenga por los dos respectos dos votos.

Para secretario perpétuo nombro al presente escribano del número, y á los que le sucedan en su oficio, en el que mando subsista para siempre radicada esta memoria: que los nombramientos, acuerdos, imposiciones, fianzas del administrador, aprobacion de sus cuentas y todo lo demás que ocurra perteneciente á esta memoria, pase ante ellos y no ante otros; y que sus libros y papeles estén juntos, archivados y custodiados con seguridad, para que no se pierdan ni deterioren, y para que cuando se ofrezca se hallen las razones que se necesiten y se evite toda confusion.

Por el trabajo, celo y cuidado que los patronos y el secretario han de tener en todo lo espresado, y en procurar la conservacion y aumento de los bienes de esta memoria, señalo de sus rentas á cada patrono tanta cantidad anual, y al secretario tanta, y además de esto mando se paguen á éste de dichas rentas, tantos pesos por cada certificacion que dé á las huérfanas nombradas, y que nada perciba ni pueda pedir ni tomar de éstas por ellas; pero si los perdieren y pidieren otras, deberán pagarle los derechos de las que les dé al propio respecto cada una, y no mas, y así mismo deberán satisfacerle con arreglo al arancel las dé las cartas de pago que otorguen las que tomen estado, y no otra cosa; y sin embargo de que por la caducidad de los bienes terrenos ó por algun otro motivo se minoren las rentas de esta fundacion, quiero que los patronos y el secretario no dejen de percibir íntegra la respectiva asignacion anual que les dejo hecha, mediante á que su trabajo ha de ser el mismo; pero si se aumentaren no han de poder percibir mas tampoco, de modo que en la asignacion no ha de haber incremento ni decremento jamás. Con cuyas condiciones erijo y fundo esta memoria y obra pia: y para que desde hoy empiece á tener efecto y las huérfanas á experimentar beneficio, la hago gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con asignacion y demás firmezas legales, de todos los bienes que por menor quedan especificados; me desapodero, desisto y aparto, como tambien á mis herederos y sucesores, de todo el derecho que á ellos tengo, y lo cedo, renuncio y traspaso íntegramente á su favor con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demás que me competen; y le confiero, y á quien la represente amplio poder, con libre, franca y general administracion, para que despues de mis dias tome en ellos la tenencia y posesion que en virtud de esta escritura la corresponde; y para que no necesite tomarla, la tomo yo en su nombre, constituyéndome su inquilino, tenedor y precario poseedor de los referidos bienes á cuya eviccion y saneamiento de ningun modo quedo ligado ni sujeto, ni los mios. Y reiterando la reserva que dejo hecha de usar de este patronato por mí solo durante mi vida, y haciéndola tambien de añadir, quitar, enmendar, alterar, variar, y mudar á mi arbitrio en contrato ó en última voluntad las condiciones con que queda formalizada esta fundacion siempre que lo estime útil y oportuno (lo cual no han de poder practicar los patronos, pues se lo prohibo), me obligo á no revocarla; ni alegar contra ella escepcion favorable, y si lo hiciere no valga, y antes bien sea visto por lo mismo haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y estabildades, respecto no ser donacion inmensa, ni por consiguiente reprobada por derecho, ni necesitar para mí cógrua sustentacion, y testar los bienes de su dotacion. Pido y suplico á cualquier señor juez la apruebe y supla, como doy por suplido cualquier sustancial defecto que incluya, interponiendo su judicial autoridad para su mayor validacion y subsistencia.

Y quiero y mando que en el arca de cuatro llaves se ponga una copia de esta escritura con los títulos de pertenencia de los espresados bienes en donde subsistan perpétuamente, y que se saque otra, la cual se lleve y tenga presente siempre en las juntas para proceder con arreglo á su tenor y cumplirlo literal y exactamente, como corresponde. Y á la observancia de lo espuesto obligo mis bienes muebles, raices &c.

Aquí las generales y la toma de razon de la oficina de hipotecas.

SIGUE LA PARTE SEGUNDA.

FORMULARIOS DE ESCRITOS Ó PEDIMENTOS.

Sobre testamentos.

48.

Pedimento para que un testamento nuncupativo se reduzca á escritura pública.

1.º F., en nombre de N. vecino de esta ciudad, de quien presento poder; ante vd. como mejor proceda, digo: Que B. de la misma vecindad, espresó á presencia de P., R. y F. que dejaba á mi principal por su único universal heredero, sentándolo en un papel, y falleció bajo esta disposicion, segun acredita la cédula que presento; y conviniendo al derecho de mi parte corroborarla ó autorizarla para tal efecto:

A vd. suplico, que habiendo por presentados los documentos referidos, me admita informacion de los testigos de la cédula con citacion de los interesados; y que evacuada aquella se sirva mandar se reduzca á instrumento público, y protocolice en la forma ordinaria, dando á mi principal los traslados necesarios y corroborándolo vd. todo con su autoridad y decreto judicial. Pido justicia &c.

AUTO.

Dé la informacion; y hecha, autos.

49

Pedimento pidiendo la apertura de un testamento cerrado.

2.º F., vecino de tal parte, parezco ante vd. y digo: haber llegado á mi noticia que F. vecino de tal parte, otorgó su último testamento *in scriptis* entregándosele en forma en tal dia á F. escribano, con las circunstancias y formalidades prevenidas por el derecho: y respecto de haber pasado el testador de esta vida á la eterna, como consta el de la certificacion de su muerte, que presento y juro, y soy yo su pariente en tal grado, que tengo accion á heredarle ab intestato (ó tener yo noticia de haberme instituido por uno de sus herederos, legatarios ó albaceas).

A vd. suplico, mande al dicho F.. escribano, le presente la copia del dicho testamento; y reconocida con la escritura de su entrega, que se halla firmada en su cubierta por los testigos que fueron presentes á su otorgamiento, se abra y publique el espresado testamento declarándose por tal, y se lleve á su puro y debido efecto, con interposicion del judicial decreto, sin perjuicio de cualquier derecho que me pertenezca contra él, de que protesto usar segun y como me convenga: que es justicia que pido, juro &c.

AUTO.

Notifíquesele á N., escribano, en cuyo poder se dice para el testamento de F., que incontinenti lo presente ante el juzgado; y ejecutado, se ponga testimonio de él y de sus circunstancias, para en su vista providenciar lo conveniente. Lo mandó el Sr. F., juez de esta ciudad; villa ó lugar de tal, en ella á tantos dias de tal mes y año, y lo firmó.

50.

Pedimento pidiendo que se inventarien los bienes del difunto.

3.º F. vecino de esta ciudad, y viuda de M. R. ante vd. como mas haya lugar, digo:

Que el eitado mi marido falleció en tal dia, bajo el testamento que habia otorgado en tantos de tal mes de este año ante F. escribano, en el cual instituyó por sus únicos y universales herederos á N. nuestra hija menor de doce años, y á N. N. mayores de veinticinco, hijos suyos habidos en el primer matrimonio que contraí con A. segun acredita el espresado testamento, de que con la solemnidad necesaria presento copia testimoniada; en cuya atencion para que se sepa qué bienes dejó, y se dividan á su tiempo entre todos los interesados, aceptando como acepto á nombre de la citada mi hija la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte:

A vd. suplico se sirva haber por presentado el referido testamento, y por aceptada en dicho nombre la herencia con el beneficio espresado, y en su consecuencia mandar que con citacion de los interesados, se inventarién y tasen por peritos que nombremos todos los bienes del difunto; y evacuado que sea éste protesto pedir lo que corresponda en justicia &c.

Otrosi—Respecto á carecer de edad competente la espresada N. mi hija, para nombrar por sí curador de pleito:—A vd. suplico se sirva proveerle del que sea de su agrado, con cuya citacion ó asistencia se practique todo: pido como antes.—N. N.

AUTO.

Hase por presentado el testamento que se cita, y por aceptada la herencia en la forma que se espresa. Con citacion de los interesados hágase inventario y tasacion de todos los bienes y efectos que dejó M., á cuyo fin nombren tasadores; y mediante á la edad pupilar de N. se nombra por su curador de pleitos á P., procurador de este juzgado: notifíquesele para que acepte este cargo, jure, se obligue y dé la fianza necesaria por derecho; y discernido que sea aquel practíquese todo con su asistencia por ante cualquier escribano á quien para ello se comisione en forma, lo cual evacuado pidan los interesados lo que les convenga. El Sr. D. F., juez de esta villa de tal, lo mandó á tantos &c.

51.

Pedimento solicitando el heredero la posesion de los bienes hereditarios.

4.º F. en nombre de N., vecino de &c. de quien presento poder en debida forma, ante vd. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa á mi poderdante, digo: Que por muerte de B. quien le instituyó por único y universal heredero, segun acredita el testamento que igualmente presento, quedaron tales bienes suyos en estos sitios (se designan los parages donde están situados); por lo que:

A vd. suplico, que teniendo por presentados el poder y testamento, me admita informacion al tenor de este escrito, que ofrezco hacer incontinenti; y dada en cuanto baste, se dé á mi principal la posesion ó cuasiposesion de los indicados bienes. Pido justicia. &c.

AUTO.

Por presentados: dé la informacion; y hecha, autos.

52.

Pedimento de un tercero contradiciendo la posesion.

5.º F. en nombre de N. &c. en los autos principiados á instancia de M. sobre la posesion de los bienes y efectos que quedaron por fallecimiento de B., contradigo en forma la que por auto de tantos mandó vd. darle, y digo: Que en justicia se ha de servir, reponiendo por contrario imperio, ó como mas haya lugar (hablando debidamente) el referido su auto, mandar que se dé á mi principal la posesion ó cuasiposesion de los referidos bienes, con récu-

miento de frutos desde el día de la muerte del mencionado B.; pues así es de hacer por lo que resulta de autos, y ahora se espondrá (se alega). Por tanto:

A vd. suplico que habiendo por contrariada la posesion, se sirva proveer como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. &c.

AUTO.

Por contradicha y traslado.

53.

Pedimento para pedir un heredero abintestato la posesion de los bienes.

6.º F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: Que E., hermano de mi poderdante, murió en esta ciudad sin descendientes ni ascendientes ningunos, dejando tales y tales bienes en éstos ó aquellos sitios: en cuya atencion.

A vd. suplico, que habiendo por presentado el poder me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito: y dada en cuanto baste, se sirva declarar á mi poderdante por heredero abintestato del espresado su hermano, y mandar por consiguiente que se le dé la posesion ó cuasiposesion de dichos bienes. Pido justicia &c.

AUTO.

Dé la informacion; y hecha, autos.

54.

Demanda de nulidad de un testamento en que el heredero escribió la institucion.

7.º T. en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder en debida forma, ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: Que M., hermana legitima de mi parte, segun acreditan los documentos que así mismo presento, instituyó por su heredero universal á P., su marido, en el testamento que otorgó en tal día ante B., escribano público y del número de esta ciudad, de que tambien presento copia testimoniada; pero habiéndole aquel dispuesto con tal dolo y artificio que le escribió de su puño, no puede dudarse que semejante disposicion testamentaria es nula y reprobada por derecho, y de consiguiente que mi principal, como hermano legitimo de M., debe sucederle en calidad de heredero abintestato de todos los bienes y efectos que hubieren quedado por su fallecimiento. En esta atencion:

A vd. suplico, que teniendo por presentados los instrumentos referidos, se sirva declarar por nulo el espresado testamento; y en su consecuencia á mi parte por heredero abintestato de M., su hermana, condenando á P. á que le restituya toda la herencia de ésta, con los frutos que haya producido y podido producir hasta el día. Pido justicia y costas, juro lo necesario &c.

AUTO.

Por presentados, y traslado.

55.

Pedimento de nulidad de un testamento por exheredacion sin espresion de causa.

8. F. en nombre de N. de quien presento poder en debida forma, ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: Que segun resulta de la partida de bautismo que tambien presento, mi

principal es hijo legítimo de C. y D., quien en su testamento, otorgado en tal día y ante tal escribano, que así mismo presento, instituyó por su único y universal heredero á P., hermano de mi parte exheredando á éste sin espresion de causa, contra lo prevenido por derecho; y mediante á que esta disposicion testamentaria con arreglo á él padece el vicio de nulidad:

A. vd. suplico, que habiendo por presentados dicho poder, partida y testamento, se sirva declarar éste por nulo; y en su consecuencia á mi principal por coheredero abintestato con P de los bienes y efectos de su padre. Pido justicia con costas, juro &c.

AUTO.

Por presentados, y traslado.

56.

Demanda solicitando la herencia un sustituto pupilar.

9. F. en nombre de N., de quien presento poder en debida forma, ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: Que estando casado P. con M., y teniendo por su hijo único á B. de edad de diez y seis meses otorgó testamento cerrado dicho P. &c., ordenando que si su hijo infante muriese en la edad pupilar, le sucediere mi poderdante en todos los bienes, herencias y legítimas que le pertenecieren, como primo hermano suyo, hijo de hermana del testador, y despues de los dias, su descendencia varonil en infinito, á cuyo favor institua un mayorazgo regular para toda su casa y familia. Bajo de esta disposicion testamentaria falleció dicho P. en tantos, y posteriormente su hijo en la edad de veinte meses, quedando en cinta A., su madre., quien dió á luz pasados ocho meses á C., hija póstuma de P., segun todo se acredita con el testamento y partidas de bautismo y entierro, que así mismo presento; de lo cual procedió que se introdujese A., como madre y tutora de C., en todos los bienes y efectos pertenecientes á P., sin hacer diferencia segun debia de la parte que tocó á B. en que mi principal, como sustituto pupilar, debe suceder conforme á la voluntad del testador. En esta atencion:

A. vd. suplico, que teniendo por presentados los referidos documentos, se sirva declarar pertenecer á mi parte todos los bienes y efectos que correspondan á B. en la particion que debe hacerse por fallecimiento de P., condenando á A., como madre y tutora de C., á que los entregue libremente á mi principal con los frutos y rentas que hayan producido desde la muerte del testador. Pido justicia y costas.

AUTO.

Traslado.

57.

Pedimento de contradiccion de la hija póstuma.

10. F. en nombre de A., vecina de esta ciudad, por sí y como madre y tutora de la persona y bienes de C. su hija, de quien presento poder, respondiendo al traslado que vd. en auto de tantos ha conferido á mi parte de la demanda puesta por N., en que refiriendo &c. concluye &c. (Se resume lo que espone y solicita la parte contraria) vd. en justicia se ha de servir declarar por nula la sustitucion pupilar hecha en el testamento de P, con perjuicio de mi principal, madre del instituido heredero; ó al menos que dicha sustitucion caducó por el nacimiento de C., heredera genérica de los bienes y efectos que quedaron por fallecimiento de su padre, acaecido el de F., su hermano; pues así es de hacerse por lo que se va á esponer. (Se alega). Por tanto.

A. vd. suplico que teniendo por presentado el poder se sirva proveer &c.

AUTO.

Traslado.

Pedimento para pedir la subsistencia ó validez de un codicilo.

11. F. en nombre de N. de este vecindario, de quien presento poder, ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: Que despues de haber otorgado D. su testamento cerrado en tantos, ante E., escribano del número de esta ciudad, instituyendo á mi poderdante como á su hijo único por universal heredero, y haciendo varias mandas, otorgó el dia tantos, pasado un mes un codicilo ante E. mandando que cumplido su testamento, distribuyese mi poderdante lo que sobrase del quinto en limosnas y obras pías á su voluntad; pero con motivo de haber á los veinte dias de otorgada esta disposicion, declarado el testador ante siete personas, vecinas de esta ciudad, era su voluntad que se entendiera haber de ser entre parientes las limosnas y obras pías en que habia de distribuirse el quinto, ha ocurrido la novedad, acaecida la muerte de D., padre de mi poderdante, de que R. S. y F. sus primos hermanos y únicos parientes conocidos pretendan, no obstante ser notoriamente hacendados, se distribuya el quinto de ellos, dejando á los pobres defraudados é ilusoria la voluntad del testador que no se revocó por la que quiere conceptuarse voluntad suya en la clase de codicilo nuncupativo; en cuya atencion:

A. vd. suplico, que teniendo por presentados los documentos referidos, se sirva mandar se cumpla el único codicilo verdadero que otorgó D. padre de mi poderdante, en todas sus cláusulas, especialmente en la respectiva á la distribucion del quinto entre pobres de su eleccion, apremiando en caso necesario á R. S. y F. á que pasen por la espresada voluntad sin hacer cosa en contrario. Pido justicia y costas.

Traslado.

AUTO.

59.

Pedimento solicitando una viuda la cuarta marital.

12. F. en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: Que mi poderdante contrajo en tal dia matrimonio con P. de la misma vecindad, sin llevar ningunos bienes ni los ha adquirido despues, y habiendo fallecido P. no dejó á mi poderdante cosa alguna, sin embargo de que en su testamento, otorgado en tantos &c., que tambien presento, instituyó heredero á C., á cuya instancia está vd. practicando el correspondiente inventario por ante el presente escribano, que principió en tal dia; pero aunque hasta el de hoy se han inventariado tales y tales bienes, tales y tales efectos, y tanta cantidad de dinero, no ha podido conseguir mi poderdante ni aun el menor socorro, á pesar de los oficios políticos y urbanos que por medio de sujetos condecorados ha pasado á este fin el heredero, que es sabedor de todo; en cuya atencion:

A. vd. suplico, que habiendo por presentados los instrumentos referidos, se sirva condenar á C. á que entregue á mi poderdante la cuarta parte de todo el caudal que hubiere quedado por fallecimiento de P., y resulte del inventario y liquidacion que despues de concluido éste debe hacerse; á cuyo fin nombró por perito á M., para que con el nombre el heredero, se haga solemnemente á su tiempo la aplicacion á mi poderdante de todo el haber hereditario. Pido justicia y costas.

Por un otrosi se piden alimentos y litisexpensas, sobre que se forma artículo.

AUTO.

Traslado sobre todo.

SOBRE CAPELLANÍAS.

Pedimento de oposicion á capellanía.

1.º F., en nombre de N., de quien presento poder ante V. S. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa á mi parte, me opongo á la capellanía colectiva que en la iglesia de &c. fundó E., pariente de mi poderdante en tal grado, como se justifica con los instrumentos que tambien presento, la cual se haya vacante por muerte de C., su último poseedor, segun acredita la partida que exhibo. Por tanto:

A V. S. suplico, que teniendo por presentados ó exhibidos dichos documentos, y á mi poderdante por opuesto, se sirva mandar despachar sus edictos en la forma ordinaria, citando ó llamando á los que tuvieren derecho á ella, ó haciendo á su tiempo á mi poderdante su colacion é institucion canónica, despachándole título en forma, y poniéndole en su posesion. Pido justicia &c.

AUTO.

Hanse por presentados, y por opuesto á este interesado, y despáchense los edictos en la forma ordinaria.

Pedimento de oposicion de un tercero.

2.º F., en nombre de N., de quien presento poder, ante vd. como mas haya lugar en derecho, y sin perjuicio de otro que competa á mi poderdante, digo: Que por muerte de C., está vacante la capellanía que en la iglesia parroquial de tal fundó E., á la que me opongo, y para hacerlo mas en forma mediante que N. ha hecho oposicion á ella.

A V. S. suplico, que habiendo por presentado el poder, y por opuesto á mi poderdante, se sirva mandar se me entreguen los autos. Pido justicia y costas.

AUTO.

Por opuesto y entréguesele.

Pedimento de oposicion en forma.

3.º F., en nombre de M., en los autos con N., sobre la sucesion á la capellanía que en la iglesia parroquial de tal parte fundó E., y se haya vacante por muerte de C., y afirmándome en la oposicion que he hecho á ella, y en caso necesario oponiéndome de nuevo, digo: Que sin embargo de la oposicion contraria, V. S. en justicia se ha de servir declarar corresponderle á mi poderdante, como á su inmediato y legítimo sucesor, haciéndole colacion é institucion canónica de dicha capellanía, y despachándole título en forma de ella; pues es de hacerse así por lo que resulta de autos, y ahora se espondrá. (Se alega). Por tanto:

A V. S. suplico se sirva proveer como se ha espresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas.

AUTO.

Traslado.

FORMULARIO

PERTENECIENTE AL TÍTULO 24 DE LA RESCISIÓN DE LAS PARTICIONES
Y DE LA EVICCIÓN A QUE QUEDAN OBLIGADOS LOS COHEREDEROS.

1. *Demanda de nulidad de particio- nes por via de restitution.* 2. *Demanda sobre rescision de par- ticiones.*

1. F., en nombre y en virtud de poder que presento de N, vecino de tal parte, ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: Que habiendo fallecido en el año de tantos A., padre que fué de mi poderdante, nombrando por herederos á éste y á sus hermanos C., D., E. y R., de esta misma vecindad, se introdujeron éstos en tales y tales bienes hereditarios, sin formalizar antes, como correspondia, el competente inventario de todos; á cuya consecuencia siendo mi poderdante menor, segun lo acredita la partida de bautismo que tambien presento, no pretendió la division de la herencia, hasta que teniendo la edad precisa para salir de la curaduría, advirtió que se le habia despojado de la mejor parte de su legítima, por lo que de comun acuerdo con sus hermanos para remedio de todo se comprometió en H., J. y L. nombrados árbitros partidores en tantos de tantos; pero en vez de desempeñar éstos su cargo con la justicia y equidad correspondiente, hicieron la particion sin cálculo formal adjudicando á los mencionados hermanos de mi poderdante mucho mas de lo que les tocaba legítimamente en las haciendas mas pingües, y asignando á éste mucho menos en otras poco fértiles y muy deterioradas, agregándose á esto no haberse hecho como debia hacerse la cuenta de los frutos que produjo el cuerpo de bienes hereditarios desde la muerte del padre comun, segun todo consta de los documentos que así mismo presento. En esta atencion, y en la de haber sido mi parte enormísimamente perjudicada con dicha division, valiéndose del remedio de la restitution ó del que mas necesario y útil sea.

A vd. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva declarar por nula la espresada particion, y á su consecuencia, condenar á los espresados C., D., E. y R. á que traigan los bienes que les adjudicaron, con los frutos que hayan producido, á colacion y particion con mi poderdante, haciéndola de nuevo con la igualdad debida, á cuyo fin nombren aquellos á su tiempo tasador partidor, con apercibimiento de nombrarse en su defecto de oficio, pues con este objeto entablo la mas formal demanda con las protestas oportunas; es justicia que pido con costas, juro &c.

AUTO.

Traslado.

2. F., en nombre de N., en los autos de inventario y particion de bienes que quedaron por fallecimiento de S., digo: que se me ha dado traslado de la particion que han hecho P. y T., contadores nombrados para ella, y vd. en justicia se ha de servir declarar los agravios que se espresarán en el cuerpo de este escrito, mandando en su consecuencia adjudicar á mi poderdante tal y tal cosa; pues es de hacerse así por lo que resulta de los fundamentos que ahora se espondrán (aquí se alega). Por tanto

A vd. suplico se sirva proveer como se ha espresado al principio. Pido justicia con costas.

AUTO.

Traslado.

APÉNDICE.

MODO PRÁCTICO DE HACER LAS PARTICIONES.

Para mayor inteligencia de todo lo dicho en este tratado, se insertan los adjuntos modelos ó ejemplares de particiones. Por ellos se vera que á la particion preceden ciertas observaciones

generales llamadas presupuestos, en los cuales manifiesta el contador los fundamentos en que aquella estriba; y aunque no sean absolutamente esenciales, de modo que su falta haga nula la particion; sin embargo, son de la mayor utilidad, ya para manifestar por orden cronológico cuanto resulta del inventario y demás documentos que se han tenido á la vista, ya para esponer los motivos en que se funda la distribucion y deducciones hechas del caudal hereditario; de suerte, que á vista de dichos presupuestos pueda cualquier interesado conocer si le ha causado perjuicio, á cuyo fin se insertan en la hijuela de cada partícipe. Siguiendo pues, el orden con que se ha procedido en el discurso de este tratado, se espresará en el primer presupuesto el capital que llevó la muger al matrimonio, esto es, la dote, arras si las hubiere, y bienes parafernales, ú otros que durante el matrimonio hubiere adquirido por título lucrativo para sí, á fin de hacerla el abono correspondiente. En el segundo presupuesto se especificará el capital del marido, advirtiendo si hay ó no deudas que satisfacer á cargo de éste, para disminuir en el importe de ellas dicho capital, con todas las demás observaciones que se crean conducentes. Como despues de haber deducido los capitales de ambos consortes se procede á la division de gananciales, y de éstos cuando los hay se sacan las dotes y donaciones *propter nuptias*, se tratará en el presupuesto tercero, de lo que bajo dicho concepto hubieren dado los padres á los hijos. En seguida se hará otro presupuesto sobre el testamento otorgado por el difunto, especificando los herederos y legados, mejoras y declaraciones que hubiere hecho: en suma, este presupuesto viene á ser un extracto del testamento. En el último se tratará del inventario y tasacion de bienes, con espresion de sus diferentes clases, anotando su importe: se hablará seguidamente de la distribucion del caudal y del haber que corresponde á cada interesado: concluido lo cual se procede á formalizar la cuenta.

MODELOS Ó EJEMPLARES DE PARTICION.

MODELO PRIMERO.

Particion de los bienes que dejó un marido entre su viuda é hijos de ambos con mejora y colacion.

El licenciado D. F., abogado de los tribunales nacionales, vecino de esta villa de tal, partidor nombrado unánimemente por Doña Clara Vargas, viuda de D. Felipe Jimenez, D. José Jimenez y Doña Ana Jimenez, mayores de veinticinco años, y ésta viuda de D. Santiago Lopez, y por Antonio Sierra, curador de pleitos de D. Juan Jimenez, pupilo, todos tres hijos de ambos é instituidos únicos y universales herederos del citado D. Felipe en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año ante F. escribano de su número, bajo del que falleció; hago liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes y créditos que dejó el espresado D. Felipe entre su viuda y herederos, con vista, reconocimiento y escrupuloso exámen de su testamento, inventario formalizado y de otros papeles relativos á su desempeño, y para mas clara inteligencia debo hacer las suposiciones siguientes:

PRIMERA.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA CLARA VARGAS.

Estando para casarse los espresados D. Felipe y Doña Clara, formalizó aquel en favor de ésta en tal dia, mes y año, ante tal escribano, carta de pago y recibo de los bienes que trajo á su matrimonio, y ascendieron á cincuenta mil pesos, segun sus tasaciones, incluso diez mil pesos que llevó en dinero efectivo, por lo cual se obligó á devolverle los cuarenta mil pesos en bienes equivalentes á justa tasacion, ó en los mismos que existiesen, y los diez mil en dinero.

siempre que el matrimonio que habian de contraer se disolviese. En el propio contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar en derecho y le fuese útil, quinientos pesos que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba; y en caso que no cupiesen se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion; y mediante haber cabido entonces y caber tambien ahora en ella, se le abonarán íntegramente con la calidad de reservarlos para sus hijos si se volviese á casar, como así mismo el importe de su dote; pero respecto no constar haber llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, ni heredado despues cosa alguna, nada mas se le abonará como patrimonio suyo puesto en la sociedad conyugal; ni tampoco vestido ordinario por no haberse inventariado.

SEGUNDA.

SOBRE EL CAPITAL Y HERENCIA DE DON FELIPE JIMENEZ.

El mencionado D. Felipe despues de haber contraido su matrimonio en el dia tantos de tal mes y año, hizo ante tal escribano descripcion de todos los bienes que habia llevado á él, y ascendieron á ciento veinte mil pesos, de los cuales los ochenta mil fueron en bienes raices, libres de todo gravámen, y los cuarenta mil en muebles; y de todo otorgó á su favor la espresada Doña Clara el resguardo correspondiente para que siempre constase. Despues heredó de D. Pedro Jimenez su tio, treinta mil pesos líquidos, bajada su parte de gastos judiciales, de cuya cantidad se le aplicaron en bienes tambien raices los veinticinco mil, y los cinco mil restantes en alhajas de plata, segun acredita la adjudicacion que se le formó en la division hecha por su fallecimiento con otros sobrinos coherederos, y aprobada judicialmente por sentencia que dió en tal dia el Sr. D. F. juez de primera instancia de esta villa, ante tal escribano de su número; de modo que el dicho D. Felipe Jimenez llevó al matrimonio que contrajo con la referida Doña Clara, la cantidad de ciento cincuenta mil pesos efectivos, de ellos los ciento veinte mil al tiempo de su celebracion, y los treinta mil restantes mientras duró. Y respecto haber caudal suficiente para satisfacer las deudas de la sociedad conyugal, y no constar que tuviese contra si responsabilidades algunas, no hay que minorar su capital, y así se estimarán por fondo suyo líquido puesto en ella, y se le abonarán íntegramente; previniendo que los bienes raices y alhajas de plata que llevó y existen se aplicarán á sus hijos como patrimonio de su padre, y no á su viuda, por haber otros con que reintegrarla, así de su total haber con arreglo á lo estipulado en el contrato dotal, como por el luto, lecho, gananciales y demás que le corresponden por derecho, y segun la disposicion y obligacion que hizo su difunto marido.

TERCERA.

SOBRE LA DOTE DADA Á DOÑA ANA JIMENEZ POR SUS PADRES.

CUANDO SE CASÓ.

La citada Doña Ana Jimenez contrajo matrimonio en tal dia de tal año con D. Santiago Lopez, y llevó á él en dote por cuenta de ambas legítimas treinta mil pesos que le dieron sus padres, en diferentes bienes muebles, dinero y alhajas de plata como acredita el instrumento dotal que otorgó su marido en tal parte, tal dia de dicho mes y año; y mediante á que por ley se deben deducir los gananciales, las dotes y capitales, aunque solo el padre los dé ú ofrezca, y á que en el caudal inventariado los hay, se le imputarán en cuenta de su haber paterno los quince mil mitad de los treinta mil, retendrá en su poder otros quince mil para colacionarlos cuando se trate de dividir la herencia materna como el derecho lo ordena, y los de la paterna se separarán para no detraer de su importe mejora ni legado de cuota, especie ni cantidad, para cumplir de esta suerte con la ley que prohibe se saquen mejoras de las dotes y donaciones que se colacionan, y para no perjudicar á la Doña Ana ni coherederos en cosa algu-

na de su legítimo haber. Despues, deducida de lo liquido del caudal paterno la mejora del tercio y quinto, se unirán los espresados quince mil pesos al residuo para la division igual de legítimas entre todos los tres herederos, aplicándolos en vacío ó entrada por salida á la Doña Ana como recibidos, y lo que le falte para completar la suya en bienes efectivos. Y sin embargo de que su carta dotal asciende á cuarenta mil pesos, no se le agregarán ahora ni cuando su madre muera los diez mil restantes, á causa de no haber salido del patrimonio de sus padres, y si proceder de dádivas y regalos que varias personas por afecto y no por mera contemplacion de aquellos le hicieron como en ella se refiere; de suerte que en ningun tiempo los deberá colacionar con sus hermanos.

CUARTA.

SOBRE EL TESTAMENTO DE DON FELIPE JIMENEZ.

D. Felipe falleció en esta villa en tal dia bajo del testamento que habia otorgado en tal de tal mes, ante tal escribano; en el cual mandó se sepultase de secreto su cadáver, sin ninguna pompa ni aparato fúnebre; que por su alma se celebrase misa de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso en el dia de su entierro, y si no pudiese ser, en el siguiente; y por la misma, las de sus padres y demás de su obligacion doscientas misas rezadas con limosna de cuatro pesos cada una, dejando al arbitrio de sus testamentarios la celebracion de las ciento y cincuenta en las iglesias y altares que eligieren, por tocar las cincuenta restantes como cuarta parte á la parroquia. Legó á su muger quinientos pesos en dinero, y otros quinientos á su hija Doña Ana, consignando los de ésta en tales bienes raices, y mandando que si su valor excediese á ellos, se le aplicase el exceso en parte de legítima; y no completando su valor, se le supliese en dinero. A Juan de tal, su criado, legó cincuenta pesos en dinero, dos vestidos de paño de tal y tal color casi nuevos, dos mudas enteras de ropa blanca, dos corbates de los de su uso, todo nuevo, y así mismo la cama completa en que dormia, incluyendo en ella la tarima ó catre, dos colchones, cuatro sábanas, cuatro almohadas con dos fundas, y la manta y colcha que usaba; y á María su criada, legó así mismo cien pesos en dinero, y su cama en igual forma. Declaró que el capital y la dote que él y su muger llevaron á su matrimonio, lo que queda dicho heredó de su tio, como tambien la dote que habia dado á Doña Ana su hija en cuenta de ambas legítimas. Mandó se cobrase lo que se debia, y pagase lo que estoviese debiendo, espresando que todo ello resultaria de sus papeles y asientos. Mejoró en el remanente del quinto de sus bienes á su hijo D. José, y en el tercio al D. Juan, consignando á éste para pago de su mejora tal y tal finca, previniendo que si no la completare, se le aplicase el resto en otros bienes de su herencia. Nombró por testamentarios con facultad de *in solidum* y prorogacion del término legal á D. Pedro Sancho y Diego de tal, y por curadora de D. Juan, su hijo pupilo, á su madre, relevada de fianzas. Instituyó por sus herederos universales á sus tres hijos únicos D. José, D. Juan y Doña Ana Jimenez. Y finalmente revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas: que es cuanto sustancialmente resulta del dicho testamento que á este efecto se ha tenido presente. Con arreglo á él y á derecho se separará previamente el quinto de lo que le corresponda de los bienes inventariados, y no de los colacionables: de él se bajarán los gastos de su funeral y misas, y los legados específicos y genéricos que hizo, aplicándose á Doña Clara el suyo, con la obligacion, en caso de pasar á segundas nupcias, de reservarlo al D. José, á quien corresponde por su mejora: el residuo que quede de él se adjudicará á éste: luego del resto de los propios bienes inventariados se deducirá el tercio para aplicarlo al D. Juan; y el sobrante, despues de deducidos quinto y tercio, se unirá á los quince mil pesos que en parte de legítima paterna y como recibidos debe colacionar la Doña Ana: todo lo cual se hará un cuerpo, y se dividirá con igualdad entre los tres, aplicando á ésta en vacío, ó entrada por salida, los mencionados quince mil pesos, y en bienes efectivos lo que le falte para completar su legítima diminuta, y legado que le hizo su padre; como en la anterior suposicion se ha advertido.

QUINTA.

SOBRE EL INVENTARIO FORMALIZADO, LIQUIDACION Y DIVISION DEL CAUDAL INVENTARIADO Y COLACIONADO.

Habiendo fallecido el espresado D. Felipe, acudieron la Doña Clara Vargas, su viuda y sus dos hijos mayores en tal dia, ante el Sr. D. F., juez de primera instancia de esta villa, y por la escribania numeraria de F., con la solicitud de que se hiciese inventario, tasacion y particion de sus bienes entre todos los interesados; y por un otrosí, con la de que se proveyese de curador de pleitos al menor: á la que difirió dicho juez, eligiendo por tal al referido Sierra, á quien procedida la solemnidad de estilo le discernió el cargo; y con asistencia de todos se formalizaron el inventario y tasacion de cuantos bienes se hallaron pertenecerle, que ascendieron á cuatrocientos veintinueve mil pesos, en esta forma: en tierras de pan llevar treinta mil pesos; en viñas veinte mil; en olivares sesenta mil; en casas cuarenta mil; en trastos de madera ocho mil; en pinturas y dorados seis mil; en ropa blanca usada y en alhajas catorce mil; en vestidos de lana y seda diez mil; en colchones, mantas y fundas mil ochocientos; en cobre, peltre y azófar cuatro mil; en plata labrada sin hechuras veinte mil; en diamantes por el tercio de su avalúo, segun se refiere en el inventario, diez y ocho mil; en trigo de su cosecha doce mil, en cebada seis mil; en garbanzo mil y quinientos; en centeno y avena quinientos; en algarrobas ochocientos; en vino nueve mil; en aperos de la labor cuatro mil; en búeyes y vacas cuatro mil; en mulas, yeguas y un caballo con sus aparejos diez y nueve mil; en paja dos mil; en ganado lanar treinta y cuatro mil; en barbechos sin siembras seis mil; en deudas cobrables veinte mil; y en dinero efectivo sesenta mil cuatrocientos: las cuales veintisiete partidas suman (salvo error) los mencionados cuatrocientos veintinueve mil pesos, importe total del caudal inventariado por muerte de D. Felipe Jimenez. De éstos se harán con arreglo á la ley, á lo que resulta de los documentos mencionados y á la última disposicion de D. Felipe, las deducciones generales y particulares, y la distribucion y aplicacion correspondientes á los interesados en ellas: en primer lugar y como privilegiada la de la dote de Doña Clara, importante cincuenta mil pesos: en segundo, lo de los diez mil, que D. Felipe estaba debiendo á sus criados y otras personas cuando falleció, segun se acredita por estenso en la última diligencia y declaracion del inventario, y por estar satisfechos no se formará hijuelas de deudas; y en tercero, la de los citados ciento cincuenta mil que llevó como capital á su matrimonio, cuyas tres partidas componen doscientos mil pesos, y bajadas del total resultan de gananciales doscientos diez y nueve mil: de los cuales se deducen mil trescientos que suman los bienes de que se componen el lecho cotidiano que ambos usaban y se ha de aplicar á la Doña Clara, mediante permanecer viuda; y quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad, doscientos diez y siete mil setecientos pesos, cuya mitad son ciento ocho mil ochocientos cincuenta. Unida la mitad de gananciales al capital de D. Felipe, es su total haber el de doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta pesos; y bajados de ellos cinco mil y quinientos por las arras que ofreció á su muger, y mil por el luto ordinario que segun costumbre deben darle sus herederos, queda reducido á doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta, cuyo quinto son cincuenta mil cuatrocientos setenta; bajado éste resultan de caudal doscientos un mil ochocientos ochenta pesos, de los cuales el tercio son sesenta y siete mil doscientos noventa y tres pesos dos reales ocho granos; por manera que hecha esta deducccion quedan por legítimas ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y seis pesos cinco reales cuatro granos, á los que se aumentan los quince mil, mitad de los treinta mil que Doña Ana Jimenez tenia recibidos y debe colacionar en cuenta de su legítima paterna, como se ha prevenido en la suposicion tercera y al fin de la cuarta, y con ellos asciende el total de legítimas á ciento cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis pesos cinco reales y cuatro granos: de cuya cantidad tocan á cada hijo cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos pesos, un real, nueve granos y un tercio. Por lo respectivo á la liquidacion del quinto, importante

los dichos cincuenta mil cuatrocientos setenta pesos, se han de bajar de ellos diez y siete mil seiscientos setenta y pesos siete reales once granos, que importan el funeral y misas de D. Felipe, los legados que hizo y los derechos de visitar su testamento; y queda reducido á treinta y dos mil setecientos noventa y nueve y un grano, los que se le aplicarán á su hijo D. José, como mejorado en su residuo con el importe de su legítima. Segun esta liquidacion, el haber de Doña Clara por todos sus derechos asciende á ciento setenta y dos mil ciento cincuenta pesos en esta forma: cincuenta mil por su dote, ciento ocho mil ochocientos cincuenta por su mitad de gananciales, cinco mil quinientos por sus arras, mil por el luto, mil trescientos por el lecho, y cinco mil quinientos por el legado que le hizo su marido: el de D. José á ochenta y dos mil seiscientos sesenta y un peso, un real, diez granos y un tercio: los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos pesos, un real nueve granos y un tercio por su legítima, y los treinta y dos mil setecientos noventa y nueve pesos y un grano por el residuo del quinto: el de D. Juan á ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco pesos, cuatro reales, cinco granos y un tercio; los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos pesos, un real, nueve granos y un tercio por su legítima, y los sesenta y siete mil doscientos noventa y tres pesos dos reales y ocho granos por su mejora del tercio; y el de Doña Ana á cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos pesos, un real, nueve granos y un tercio; los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos pesos, un real nueve granos y un tercio por su legítima, y los cinco mil quinientos por el legado que su padre le hizo. Unidos estos tres haberes con los diez mil pesos de las deudas comunes, y con el importe de las misas, entierro, legados de criados y derechos de visita del testamento, componen cuatrocientos cuarenta y cuatro mil pesos, total caudal inventariado y colacionado; y bajados los quince mil traídos á colacion, queda reducido á los cuatrocientos veintinueve mil inventariados. Y es de tener presente que nada se abona á la viuda por razon de alimentos ni intereses de dote retardada, á causa de haber estado viviendo con sus hijos, y gastados todos de una masa desde la muerte de su marido, sin haber resultado incremento en el caudal en el corto tiempo que ha estado proindiviso, segun se me ha informado. Con arreglo á todo lo espuesto, procedo á formar de la hacienda ó caudal la liquidacion y deducciones de él en la forma siguiente.

CUERPO DE HACIENDA.

Se ponen por caudal treinta mil pesos en que se han valuado las tierras de pan llevar, inventariadas por muerte de D. Felipe Jimenez.. . . .	30,000
Mas veinte mil pesos á que ascendieron las viñas que dejó.	20,000
Mas sesenta mil pesos en que se han apreciado los olivares que le pertenecian. . . .	60,000
Mas cuarenta mil pesos, precio y total liquido de dos casas que poseia en tal y tal calle.	40,000
Mas ocho mil pesos importe de los trastos de madera y menaje de su casa.	8,000
Mas seis mil pesos en que se han tasado las pinturas y dorado.	6,000
Mas catorce mil pesos que importa la ropa blanca usada y en alhajas.	14,000
Mas diez mil pesos á que han ascendido los vestidos de lana y seda.	10,000
Mas mil ochocientos pesos en colchones, mantas y fundas para almohadas.	1,800
Mas cuatro mil pesos en cobre, peltre y azófar.	4,000
Mas veinte mil pesos en plata labrada sin hechuras.	20,000
Mas diez y ocho mil pesos en diamantes tercio del valúo.	18,000
Mas doce mil pesos en tantas fanegas de trigo.	12,000
Mas seis mil pesos en tanta cebada.	6,000
Mas mil y quinientos pesos en tantas arrobas de garbanzos.	1,500
Mas quinientos pesos en tantas fanegas de centeno y tantas de avena.	500

Al frente . . . 251,800

	Del frente.	251,800
Mas ochocientos pesos en tantas arrobas de algarrobas.		800
Mas nueve mil pesos en tantas arrobas de vino.		9,000
Mas diez y ocho mil pesos en tantas de aceite.		18,000
Mas cuatro mil pesos en aperos para labor.		4,000
Mas cuatro mil pesos en tantos bueyes y vacas.		4,000
Mas diez y nueve mil pesos en tantas mulas, tantas yeguas y un caballo con sus guarniciones.		19,000
Mas treinta y cuatro mil pesos en tantas cabezas de ganado.		34,000
Mas dos mil pesos en tantas arrobas de paja.		2,000
Mas seis mil pesos en que se han estimado los barbechos sin sembrar.		6,000
Mas veinte mil pesos en deudas á su favor cobrables.. . . .		20,000
Mas sesenta mil cuatrocientos pesos en dinero.		60,400
Total importe del caudal inventariado.		429,000

Asciende el caudal inventariado por fallecimiento de D. Felipe Jimenez (salvo error) á cuatrocientos veinte y nueve mil pesos, segun aparece de la suma general de las veintisiete partidas anteriores y de ello se hace las deducciones siguientes:

Bajas comunes y generales.

Se bajan del cuerpo del caudal inventariado cincuenta mil pesos que consta haber llevado en dote á su matrimonio D.ª Clara Vargas, segun se ha sentado en la primera suposicion.	50,000
Mas diez mil pesos importe de las deudas contraidas durante el matrimonio con su difunto marido, segun consta de la última declaracion del inventario, y que por estar ya satisfechas no se individualizan.	10,000
Mas ciento cincuenta mil pesos á que ascienden los bienes que D. Felipe Jimenez llevó á su matrimonio, y heredó durante él de su tio D. Pedro Jimenez.	150,000
Total de bajas comunes.	<u>210,000</u>
Resultan de gananciales.	<u>219,000</u>

Importan las bajas comunes hechas del caudal inventariado doscientos diez mil pesos,
y cotejados éstos con los cuatrocientos veintinueve mil pesos inventariados, re-
sultan de gananciales doscientos diez y nueve mil: de los cuales se hace la si-
guiente deducccion.

Baja de gananciales.

Se deducen de los gananciales mil trescientos pesos que valen los colchones y demás de que se compone el lecho que usaban diariamente D. Felipe y su viuda, y cor- responden á ésta por permanecer sin casarse.	1,300
Quedan de gananciales liquidos partibles con igualdad.	217,700
Cuya mitad son.	108,850

De los doscientos diez y nueve mil pesos á que ascienden los gananciales adquiridos por D.
Felipe y su muger durante su matrimonio, bajando mil y trescientos que importan los bienes de
que se compone el lecho cotidiano, quedan liquidos y partibles entre ambos con igualdad dos-
cientos diez y siete mil setecientos; cuya mitad perteneciente á cada uno son ciento ocho
mil ochocientos cincuenta, por lo que se procede á liquidar el haber de D. Felipe y hacer
de él las deducciones correspondientes.

HABER DE DON FELIPE JIMENEZ.

A D. Felipe Jimenez y por su representacion á sus hijos, tocan por el capital llevado al	
matrimonio y herencia de su tio habida durante él, ciento y cincuenta mil pesos.	150,000
Mas por su mitad líquida de gananciales, ciento ocho mil ochocientos cincuenta.	108,850
Total haber suyo.	258,850

BAJAS DE ESTE HABER.

Por las arras que ofreció á su muger al tiempo de su matrimonio, cinco mil y quinien-	
tos pesos.	5,500
Por el luto ordinario que sus herederos deben darle, segun costumbre, se le regulan	
mil pesos.	1,000
Importan estas deducciones.	6,500
Queda reducido su haber á.	252,350

DISTRIBUCION DEL CAUDAL LIQUIDO DE D. FELIPE JIMENEZ ENTRE SUS HIJOS.

El caudal liquido de D. Felipe son doscientos cincuenta y dos mil trescien-	
tos cincuenta pesos.	252,350 0
Importa el quinto de éstos.	50,470 0
Quedan del caudal para sacar el tercio de mejora.	201,880 0
El tercio de éstos son.	67,293 2 8
Quedan para legitimas	134,586 5 4

AUMENTO POR VIA DE COLACION A LAS LEGÍTIMAS.

Se aumenta al caudal que queda para legítimas paternas por lo que Doña	
Ana Jimenez tiene recibido á cuenta de la suya quince mil pesos.	15,000 0
Total de legitimas.	149,586 5 4
Tocan á cada uno de los tres hijos de Don Felipe Jimenez por su legítima	
paterna	49,862 1 9 1/3

Asciende el total haber de D. Felipe Jimenez á doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta pesos, y bajados de ellos los seis mil quinientos, importe de las arras y luto de su viuda, quedan liquidos doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta; de los cuales el quinto son cincuenta mil cuatrocientos setenta, y el tercio sesenta y siete mil doscientos noventa y tres pesos dos reales y ocho granos; de suerte que hay para distribuir ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y seis pesos cinco reales y cuatro granos, y agregando á éstos los quince mil que debe colacionar Doña Ana Jimenez, compone el total de legitimas ciento cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis pesos cinco reales y cuatro granos; y de ellos tocan á cada uno de sus tres hijos cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos pesos, un real, nueve granos y un tercio.

LIQUIDACION Y DISTRIBUCION DEL QUINTO.

El quinto de los bienes de D. Felipe Jimenez asciende á cincuenta mil cuatrocientos	
setenta pesos.	50,470

BAJAS DE ÉL

Se bajan mil ochocientos pesos importe del funeral, segun consta de recibos . .	1,800 0
Mas doscientos diez pesos, siete reales y once granos limosna de las cincuenta misas de la cuarta parroquial á cuatro pesos con cera y oblata en cada una .	210 7 11
Mas seiscientos por las ciento y cincuenta restantes á cuatro pesos.	600 0
Mas veinte pesos legados á las mandas forzosas.	20 0
Mas otros veinte á los hospitales.	20 0
Mas cinco mil y quinientos que legó á su muger.	5,500 0
Mas otros tantos que legó á su hija.	5,500 0
Mas dos mil doscientos, importe del legado que en dinero efectivo y otros bienes hizo á su criado.	2,200 0
Mas mil y ochocientos por el que hizo á su criada en dinero y cama.	1,800 0
Mas veinte pesos, importe de los derechos de visitar el testamento.	20 0
Importan estas deducciones	17,670 7 11
Total del quinto.	50,470 0
Líquido sobrante del quinto.	32,799 0 1

El quinto de los bienes propios de D. Felipe Jimenez suma cincuenta mil cuatrocientos setenta pesos, y deducidos diez y siete mil seiscientos setenta pesos, siete reales y once granos á que ascienden los gastos de su funeral, entierro y legados que hizo, quedan sobrantes treinta y dos mil setecientos noventa y nueve pesos y un grano, los que se han de aplicar á su hijo D. José, como mejorado en su remanente, además de su legítima.

Resúmen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion por todos sus derechos.

HABER DE DOÑA CLARA VARGAS.

Doña Clara Vargas debe haber por su dote	50,000
Mas por su mitad de gananciales	108,850
Mas por sus arras	5,500
Mas por luto ordinario	1,000
Mas por el lecho cotidiano	1,300
Mas por el legado que su marido le hizo	5,500
Total haber de Doña Clara.	172,150

HABER DE D. JOSÉ JIMENEZ

D. José Jimenez debe haber por su legítima	49,862 1 9 1/3
Mas por el residuo del quinto	32,799 0 1
Total haber de José	82,661 1 10 1/3

HABER DE D. JUAN JIMENEZ.

D. Juan Jimenez debe haber por su legítima	49,862 1 9 1/3
Mas por su mejora de tersio	67,293 2 8
Total haber de D. Juan	117,155 4 5 1/3

HABER DE DOÑA ANA JIMEMEZ.

Doña Ana Jimenez debe haber por su legítima	49,862 1 9 1/3
Mas por el legado que le hizo su padre de cinco mil quinientos pesos. . .	5,500 0
Total haber de D.^a Ana	55,362 1 9 1/3

De la liquidacion y deducciones precedentes resulta, que el haber de Doña Clara por todos sus derechos son ciento setenta y dos mil ciento cincuenta pesos; el de D. José ochenta y dos mil seiscientos sesenta y un pesos, un real, diez granos y un tercio; el de D. Juan ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco pesos, cuatro reales, cinco granos y un tercio; y el de Doña Ana cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos pesos, un real, nueve granos y un tercio; y con arreglo á ellas y á lo prevenido en las suposiciones procederé á formar las adjudicaciones á los interesados.

COMPROBACION DE ESTA CUENTA.

Por el importe de las deudas contra el caudal	10,000 0
Por el haber de Doña Clara Vargas.	172,150 0
Por el haber de D. José Jimenez.	82,661 1 10 1/3
Por el haber de D. Juan Jimenez.	117,155 4 5 1/3
Por el haber de Doña Ana Jimenez	55,362 1 9 1/3
Por el funeral.	1,800 0
Por la limosna de las docientas misas	810 7 11
Por el legado á las mandas forzosas	20 0
Para los hospitales.	20 0
Por el legado de su marido	2,200 0
Por el de su criada.	1,800 0
Por derechos de visitar el testamento	20 0
Total caudal incluso el colacionado	444,000 0
Bájanse como colacionados	15,000 0
Quedan de caudal	429,000 0
Importa el inventario de los mismos	429,000 0
	Igual.

HABER DE DOÑA CLARA VARGAS.

Doña Clara Vargas viuda de D. Felipe Jimenez debe haber por su dote cincuenta mil pesos	50,000
Mas por su mitad de gananciales ciento ocho mil ochocientos cincuenta pesos . .	108,850
Mas por las arras que su marido le ofreció al casarse cinco mil quinientos pesos .	5,500
Por el lecho cotidiano mil trescientos pesos	1,300
Mas por el luto ordinario mil pesos	1,000
Mas por el legado que su marido le hizo cinco mil quinientos pesos	5,500
Total haber de Doña Clara Vargas	172,150

Asciende el haber de Doña Clara Vargas por todos sus derechos á ciento setenta y dos mil ciento cincuenta pesos, de los cuales se le hará pago con los bienes siguientes.

ADJUDICACION Y PAGO.

Se aplican á Doña Clara Vargas cuatro tierras de pan llevar sitas en término de esta ciudad, y paso llamado N., que están unidas componen tantas fanegas de sembradura, y lindan por el oriente con el arroyo nombrado M.; por poniente con la senda que desde esta ciudad va á la de tal; por el norte con tierras del vínculo de F.; y por el mediodia con otras de G., cuyas tierras adquirieron Doña Clara y su marido durante su matrimonio por venta que en precio de tres mil pesos formalizó á su favor F., vecino de esta ciudad, á tantos de tal mes y año, ante F., escribano de su número, las cuales para esta particion se valuaron en la misma cantidad 3,000

Mas se le adjudican &c.	
Total de bienes aplicados	172,150
Total haber suyo	172,150
Queda pagada enteramente	000,000

Importan los bienes aplicados á Doña Clara Vargas ciento setenta y dos mil ciento cincuenta pesos, y de lo que debe percibir por todos sus derechos la misma cantidad, por lo que queda satisfecha enteramente de ellos.

HIJUELA PARA DOÑA ANA JIMENEZ.

Doña Ana Jimenez, una de los tres hijos y herederos que dejó D. Felipe Jimenez, debe haber por su legítima paterna cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos pesos un real, nueve y un tercio granos.	49,862 19 1/3
Mas por el legado que su padre le hizo cinco mil quinientos pesos.	5,500 0
Total haber de Doña Ana Jimenez.	55,362 19 1/3

Importa el total haber de Doña Ana Jimenez cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos pesos, un real, nueve granos y un tercio, que se han de completar con los bienes siguientes.

ADJUDICACION Y PAGO.

Se dan en pago á Doña Ana Jimenez quince mil pesos que en cuenta de su legítima paterna percibió al casarse segun se ha sentado en la suposicion tercera, por lo que se aplican en vacio como recibido.	15,000
Mas se le aplican &c.	
Total de bienes aplicados á Doña Ana	55,362 19 1/3
Total haber suyo.	55,362 19 1/3
Queda satisfecha enteramente.	000,000

En las adjudicaciones lo mismo es anteponer que posponer los bienes, con tal que los de cada clase vayan unidos, y hasta completar la suma que deba aplicarse de una, no se empiece con otra para evitar confusion, y que se sepa si se guardó la posible analogía á proporcion de todas. De los bienes raices se mencionarán si se quiere los títulos de propiedad en cada partida, si cada finca los tiene diversos: y si no en cada dos ó mas que comprendan. Y si alguna interesada es muger casada, se le ha de hacer la adjudicacion nombrándola primero en ella, y

diciendo luego: y en su nombre y como su marido á F.; y si hay menor fátuo ó loco, se le ha de nombrar tambien, y por su representacion á su tutor ó curador que deben percibir por ellos la herencia, y se han de mencionar tambien en el exordio de la particion. Concluidas todas las adjudicaciones se harán las declaraciones siguientes ú otras que convengan.

DECLARACIONES.

1.ª Se declara que siempre que aparezcan algunos otros bienes y créditos pertenecientes á este caudal se deberán tener por incremento de él, y dividirse en la forma que los inventariados entre todos los partícipes, debiendo practicarse con los débitos, cargas y responsabilidades que resulten contra él, y no por haberse tenido presentes no se han deducido, de suerte que todos los interesados quedan obligados proporcionalmente al pago de las segundas, como con igual derecho al percibo de los primeros.

2.ª Igualmente se declara que si alguna ó algunas de las fincas raíces inventariadas y aplicadas en el concepto de libres, resultaren estar vinculadas ó pertenecer en todo ó en parte á tercero, y por consiguiente no ser de esta testamentaria el importe principal de ellas, las espensas que se originen á la persona á quien se han adjudicado, ó á la que en lo sucesivo la represente, caso que se le mueva litigio sobre su reivindicacion, y los daños que esperimente deberán tenerse por menos caudal, y abonarle los otros partícipes sin escusa su respectiva parte, de modo que quede enteramente saneado del valor de lo adjudicado y de los perjuicios; pero deberá seguir y defender el pleito que se suscite, citando de evicción conforme á derecho, y no de otra suerte á los demás interesados, y hasta que se ejecute no tendrá derecho á dicha repeticion.

3.ª Así mismo se declara que no se ha formado hijuela de deudas, por estar satisfechas, no solo las comunes que quedan deducidas, sino tambien las del quinto con el dinero inventariado, por lo que solo se ha distribuido lo líquido que ha correspondido á cada interesado.

4.ª Tambien se declara que de las escrituras y demás documentos y papeles de propiedad de las fincas raíces inventariadas, se deben entregar á cada interesado los correspondientes á los que se les adjudicaron, para acreditar su legitimidad, y para que con el testimonio de su adjudicacion les sirvan de resguardo y título de pertenencia en todo tiempo.

5.ª Ultimamente se declara que los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion, testimonio de las adjudicaciones que con insercion de las suposiciones, de la sentencia y de estas declaraciones se han de dar á los interesados, de papel gastado y demás diligencias que ocurran hasta la terminacion de todo, y los del curador de pleito del menor no se han deducido; y así deberá tasarlos la persona que elija el Sr. juez de esta testamentaria con separacion de los que correspondan á cada uno de los que intervinieren en ello, especificándose en la tasacion lo que toca á cada partícipe satisfacer por su parte, y á mas de los derechos comunes á todos habrá de satisfacer el menor á su curador los suyos. Con estas declaraciones concluyó esta particion, que con arreglo á los documentos que se me manifestaron y devolví á quien me los entregó, y bajo juramento que presté, he hecho bien y fielmente segun mi inteligencia, sin causar agravio á los interesados, por lo que la firmo en esta villa de tal, á tantos de tal mes y año.

Si quedase algo sin dividir por estar en litigio ó por otra causa, se declara; y si hubiese motivo para hacer mas declaraciones se harán.

Las hijuelas de deudas se han de formar en cabeza del viudo, viuda ó hijo mayor y mas seguro y puntual para su paga, poniéndose primero los acreedores con individualidad, y luego los bienes que se le apliquen para su satisfaccion, como se advertirá en el ejemplo siguiente.

SEGUNDO EJEMPLO.

Particion de los bienes del marido entre su viuda é hijos de dos matrimonios con reserva, mejora y colacion.

D. F., vecino de esta ciudad, partidior nombrado por Doña Juana Velazquez, viuda en segundas nupcias de D. Jorge Sarmiento, por D. José y D. Juan Sarmiento y Céspedes, mayores de veinticinco años, sus hijos habidos en su primer matrimonio con Doña Lucía de Céspedes, y por D. Antonio del Río curador de pleitos de D. Isidro y D. Ignacio Sarmiento y Velazquez, menores, tambien sus hijos, tenidos en su segundo matrimonio con la espresada Doña Juana Velazquez, todos cuátro instituidos por únicos y universales herederos del citado D. Jorge en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año ante tal escribano, bajo del que falleció; hago liquidacion y division de todos los bienes y créditos que dejó el referido D. Jorge, con vista y reconocimiento exacto de su testámento, inventarios formalizados por su muerte y por la de su primera muger, carta de doté de ambas, capitales del difunto llevados á sus dos matrimonios, y de otros papeles concernientes á su mas perfecto desempeño, y para la correspondiente claridad debo hacer las suposiciones siguientes.

Suposiciones acerca del primer matrimonio.

PRIMERA.

SOBRE LA DOTE DE D.^a LUCÍA DE CÉSPEDES, PRIMERA MUGER DE D. JORGE.

En tal dia de tal mes y año el espresado D. Jorge hallándose próximo á contraer matrimonio con la referida Doña Lucía Céspedes, otorgó á su favor ante tal escribano carta de pago y recibo de los bienes y efectos que llevó á él por dote y caudal propio, y acendieron á treinta mil pesos, segun su tasacion, veinticuatro mil en tierras y viñas, sitas en tales parages, término de tal pueblo, y seis mil en ropas y otros muebles, obligándose á devolverle la espresada cantidad, en esta forma: los veinticuatro mil en los propios bienes raices, y los seis mil en muebles á justa tasacion, siempre que el matrimonio se disolviese por cualquiera de las causas prescritas por derecho. En el mismo contrato dotal le ofreció en arras ó como mas hubiese lugar, dos mil doscientos pesos, que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba á la sazón; y para el caso de no caber, se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion: y respecto haber cabido entonces y al tiempo que falleció, se le abonarán. Pero mediante á que los bienes raices se pusieron por el total de su tasa sin decir los gravámenes á que eran responsables, por ignorarlo D. Jorge y no haberlo espresado Doña Lucía, y que tenian contra sí un censo al quitar de doscientos pesos de principal á favor de tal capellanía, se bajarán éstos del importe dotal, para hacer el residuo como líquido la distribucion y aplicacion, y quedará reducido á veintisiete mil ochocientos pesos los que se tendrán por dote efectiva de la citada Doña Lucía para su abono, y en atencion á no constar haber heredado cosa alguna despues de casada, ni llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, nada habrá que abonarle por esta razon.

SEGUNDA.

SOBRE EL CAPITAL QUE D. JORGE LLEVÓ Á SU PRIMER MATRIMONIO.

Habiendo contraido matrimonio el mencionado D. Jorge Sarmiento, formalizó en tal dia mes y año ante tal escribano, capital de todos los bienes que habia llevado á él, y Doña Lucía, su muger, otorgó á su favor el correspondiente resguardo. Dichos bienes consistieron en plata, dinero y otras cosas muebles y ascendieron á cuarenta mil pesos, los que se obligó á tener la referida por caudal de su marido, para que se dedujese su importe despues de su dote y deu-

das de su matrimonio, si las hubiese, y antes que los gananciales, mediante haber sido efectivos, y declarado con juramento D. Jorge no tener contra sí deuda ni responsabilidad alguna, ni haber resultado despues; pero no se abonará otra cosa, por no constar que la hubiese llevado al matrimonio ni heredado en su intermedio.

TERCERA.

SOBRE EL TESTAMENTO DE DOÑA LUCÍA CÉSPEDES, PRIMERA MUGER DE D. JORGE SARMIENTO.

Hallándose gravemente enferma Doña Lucía, otorgó su testamento en tal día, mes y año, ante tal escribano, en el cual ordenó que se amortajase su cadáver con tal hábito y se sepultase en público en su parroquia con ó sin aparato fúnebre: que el día de su entierro, siendo hora, y si no en el siguiente, se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso: que lo mas pronto que fuese posible se le dijese cien misas rezadas dando por limosna de cada una tres pesos, de las que sacada la cuarta parroquial mandasen celebrar sus testamentarios las restantes en donde les pareciese. Legó á su marido quinientos pesos por una vez, mejoró en el tercio y remanente del quinto de sus bienes á Doña Micaela Sarmiento y Céspedes, su hija, de edad de cuatro años, en atencion á estar sin criar y ser muger, consignándole la mejora en bienes raices de los que habia llevado en dote cuando se casó, y en los demás raices que por razon de gananciales pudiesen corresponderle. Nombró por sus testamentarios con facultad *insolidum* á dicho su marido y D. F. F.: instituyó por sus únicos y universales herederos á los expresados D. José, D. Juan y Doña Micaela Sarmiento y Céspedes sus tres hijos habidos en su matrimonio con D. Jorge Sarmiento, su marido, y finalmente revocó y dió por nulas todas sus disposiciones testamentarias anteriores, segun resulta todo mas estensamente del mencionado testamento, con arreglo al cual y á derecho se harán las deducciones y aplicaciones correspondientes, como se advertirá en la siguiente suposicion.

CUARTA.

SOBRE EL INVENTARIO Y DISTRIBUCION DE LOS BIENES QUE DEJÓ DOÑA LUCÍA CÉSPEDES.

Habiendo fallecido Doña Lucía bajo del expresado testamento, solicitó D. Jorge, su marido, se hiciese inventario de todos los bienes que habian quedado para que nunca fuesen perjudicados sus hijos, y con efecto por auto que proveyó el Sr. D. F. juez de primera instancia de esta villa, en tantos de tal mes y año, ante tal escribano de su número, difirió á su solicitud, á cuya consecuencia se formalizó ante tal escribano en diferentes días, y los bienes inventariados ascendieron á ciento cincuenta y dos mil doscientos pesos en esta forma: en tierras tanto, en olivares tanto &c. (se pondrán por clases y por mayor los bienes, como en la última suposicion del primer ejemplo). En este estado se quedó el inventario, y los bienes permanecieron en poder del D. Jorge, quien declaró á su final no haber deudas algunas contra el caudal, por lo que se bajarán solamente de ellos los doscientos pesos que deben considerarse por menos dote, á causa de no haberse rebajado cuando se hizo el inventario, sino antes bien puesto por el total de sus tasas los bienes hipotecados á ellos; de suerte que quedará reducido el caudal inventariado por fallecimiento de Doña Lucía á ciento cincuenta mil pesos, de los cuales se deducen sesenta y siete mil ochocientos; los veintisiete mil ochocientos por su dote líquida y cuarenta mil por el capital de su marido; y restados del cuerpo efectivo del caudal, resultan de utilidades en su matrimonio ochenta y dos mil doscientos, cuya mitad son cuarenta y un mil ciento. Segun esta liquidacion asciende el haber de D. Jorge á ochenta y seis mil seiscientos cuarenta pesos, por su capital, cuarenta y un mil ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil quinientos del legado que le hizo su difunta muger; pero como de dicha cantidad deben bajarse dos

mil doscientos pesos por las arras que ofreció á su muger, y el importe de dicho legado, debe reservarlo á sus hijos como adelante se dirá: son el líquido propio haber de D. Jorge sin gravámen de restitucion ni reserva, setenta y ocho mil novecientos pesos. No se le abona luto por no acostumbrarse dar á los viudos de los bienes de sus mugeres ni de otra parte, y si únicamente á éstas siendo viudas; ni tampoco lecho cotidiano, el que debe volverlo á la masa comun para su division con los herederos con arreglo á la ley, por haberse vuelto á casar. El haber de Doña Lucía importa setenta y un mil cien pesos; veintisiete mil ochocientos por su dote líquida; cuarenta y un mil por su mitad de gananciales, y dos mil doscientos por las arras que le ofreció su marido. De estos setenta y un mil cien pesos, el quinto son catorce mil doscientos veinte; y el tercio deducido con arreglo á la ley, diez y ocho mil novecientos setenta: de modo que hay para legítimas treinta y siete mil novecientos veinte; á cada uno de sus tres hijos tocan por esta razon doce mil seiscientos cuarenta, y á la Doña Micaela por su legítima y mejora corresponden cuarenta y cinco mil ochocientos veinte; pero bajando de ellos seis mil setecientos veinticinco; novecientos por el funeral de su madre, trescientos cinco por la limosna de cien misas rezadas que mandó celebrar, ocho pesos que legó á las mandas forzosas y hospitales, doce que consta haberse pagado por visitar su testamento, y los cinco mil quinientos restantes por el legado que hizo á su marido; queda reducido el haber líquido de Doña Micaela á treinta y nueve mil noventa y cinco pesos, á que agregados veinticinco mil doscientos ochenta, importe de las legítimas de sus dos hermanos, compone el total que tocó á los tres hijos de Doña Lucía Céspedes por su herencia materna, la cantidad de sesenta y cuatro mil trescientos setenta y cinco pesos, de los cuales era responsable su padre por haber entrado en su poder debiendo al mismo tiempo reservarles, no solo lo que le tocó á Doña Micaela y recayó en él por su muerte abintestato sin sucesion, sino igualmente los cinco mil quinientos pesos que le legó su muger, pues por haberse vuelto á casar perdió la propiedad de todo; en cuya atencion deberá responder á sus dos hijos D. José y D. Juan de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cinco pesos, y quedarán reducidos los ciento ochenta mil pesos que D. Jorge llevó á segundo matrimonio á ciento diez mil ciento veinticinco pesos líquidos; setenta y ocho mil novecientos por su capital y mitad de gananciales, deducidas las arras ofrecidas á su muger, y treinta y un mil doscientos veinticinco que aparece haber heredado de su tio D. Alejandro Sarmiento; y se tendrá por capital suyo efectivo la cantidad referida, como se dirá en la siguiente suposicion.

Suposiciones acerca del segundo matrimonio.

QUINTA.

SORRE LA DOTE DE DOÑA JUANA VELAZQUEZ, SEGUNDA MUGER DE D. JORGE SARMIENTO, EL CAPITAL QUE ESTA LLEVÓ AL SEGUNDO MATRIMONIO, Y LAS ARRAS QUE LE OFRECIÓ.

Estando viudo D. Jorge trató de contraer segundas nupcias con Doña Juana Velazquez, de estado soltera, y habiendo traído á su poder ésta por dote y caudal suyo veinte mil pesos en bienes muebles y dinero, formalizó á su favor en tal dia, mes y año y ante tal escribano el competente recibo y resguardo obligándose á su restitucion en cualquiera de los casos prevenidos por derecho. Además, en consideracion á sus loables prendas le ofreció en arras ó como mas útil le fuese, la décima parte de los bienes líquidos efectivos que tenia entonces; y posteriormente hallándose ya casado hizo su capital de los que así suyos como de sus tres hijos llevó á su matrimonio, y ascendieron á ciento ochenta mil pesos, incluidos treinta y un mil doscientos veinticinco que durante su viudedad heredó de D. Alejandro Sarmiento, su tio, de los

cuales sesenta y cuatro mil trescientos setenta y cinco pertenecian á sus tres hijos, y cinco mil quinientos procedian del legado que su primera muger le habia hecho, y por haberse vuelto á casar, debia reservar á la mejorada en el quinto, del que se habian deducido; por manera que segun se ha especificado en la anterior suposicion, solo eran propios de D. Jorge ciento diez mil ciento veinticinco pesos, cuya décima son once mil doce pesos y cuatro reales; de todos otorgó á su favor dicha Doña Juana el competente instrumento, obligándose á tenerlos por capital y fondo puesto por su marido en la sociedad conyugal, y á que despues de separadas su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, se bajaria su importe antes que el de los gananciales. Con arreglo á estos contratos matrimoniales y á lo que dispone el derecho, se practicará la respectiva liquidacion y deducion, segun se mostrará en la suposicion última, y se estimarán por capital liquido, efectivo y único de D. Jorge los ciento diez mil ciento veinticinco pesos, como llevado realmente á su segundo matrimonio, por no perjudicar á su viuda en su mitad de gananciales, mediante á que el resto hasta los ciento ochenta mil, aunque lo llevó á él cuando se casó, lo estrajo despues como deuda que tenia contra sí y satisfizo; y por razon de arras con responsabilidad de reservar su importe la Doña Juana á los cuatro hijos de su marido, si se volviese á casar, se le abonarán únicamente once mil y doce pesos con cuatro reales, décima parte de los bienes que éste tenia cuando se casó con ella; y nada de lo que adquirió despues, por haberse limitado á ellos su oferta y no ampliado á los que posteriormente adquiriese, ni haber dejado á su arbitrio la eleccion de los tiempos.

SESTA.

SOBRE EL FALLECIMIENTO DE DOÑA MICAELA EN SU MENOR EDAD, Y DISTRIBUCION ENTRE SUS HERMANOS DE LO QUE HEREDÓ DE SU MADRE.

Despues de haber contraido matrimonio D. Jorge Sarmiento con Doña Juana Velazquez, y en tal dia de tal mes y año, falleció en la edad pupilar Doña Micaela Sarmiento y Céspedes, su hija habida en su primera muger Doña Lucía Céspedes, y todos los bienes que le correspondian por la herencia materna recayeron en su padre, que los estuvo usufructuando; pero mediante á que por haberse vuelto á casar perdió su dominio, se dividirán con igualdad entre los otros dos hijos de su primer matrimonio D. José y D. Juan como hermanos enteros de Doña Micaela, por haberlos instituido en esta forma su madre, y en consecuencia percibirán los treinta y nueve mil noventa y cinco pesos, que por su legítima y mejora le debian tocar, por manera que ni de los bienes que existen y llevó en dote Doña Lucía á su matrimonio, ni de los demás adquiridos en el que le habian de corresponder, y en que consiguió la mejora, nada tocará ni se aplicará á la actual viuda ni á sus hijos, respecto de que no se hallan entre los inventariados, por habérselos dado su padre en el concepto de ser suyos, y porque aun cuando se hallaran deberian volver á ellos como dueños, sin embargo de que podia usufructuar los reservables mientras viviese. Tampoco llevarán cosa alguna del legado de quinientos pesos que su madre hizo á su padre; por haberse bajado del quinto, y tocarles por la misma razon que el tercio y legítima de la mejora, á la cual habrán de volver, si viviera, como se ha sentado en la cuarta suposicion.

SÉPTIMA.

SOBRE LO QUE DIÓ DON JORGE A LOS DOS HIJOS DE SU PRIMER MATRIMONIO DURANTE EL SEGUNDO.

Con motivo de haber tomado estado de matrimonio D. José y D. Juan Sarmiento y Céspedes, hijos de D. Jorge y de su primera muger Doña Lucía, se pactó habia de dar cuarenta

mil pesos á cada uno para ayudar á sostener sus cargas en cuenta de ambas legítimas; y en efecto por escritura que otorgaron á su favor en tales dias de tales meses y años, ante tal escribano, confesaron haber recibido de su padre ochenta mil pesos por mitad, cuarenta mil cada uno, en los bienes raices que su madre llevó en dote, en otros tambien raices de los que le podian tocar por mitad de gananciales, y así mismo en muebles y dinero, dándole en ellos el correspondiente resguardo, obligándose á colacionarlos por su muerte en la forma y concepto en que se los habia entregado, y previniendo que respecto no haber hecho particion por muerte de su madre, é ignorarse si les cabria ó no todo por los derechos de ésta, si excediesen á lo que les debia tocar por ella, se les imputase como recibido en parte de legítima paterna, y si faltase para completarles la materna, se les habia de suplir hasta cubrirla. Y habiéndose practicado ahora la correspondiente liquidacion, ha resultado que lo que ambos debian haber por la materna eran veinticinco mil doscientos ochenta pesos: doce mil seiscientos cuarenta cada uno, á que agregados treinta y nueve mil noventa y cinco, importe del haber de su hermana Doña Micaela, y cinco mil quinientos del legado que su madre hizo á su padre, cuyas dos últimas partidas debia reservarles éste, componen todas sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cinco pesos: de modo que restados éstos de los ochenta mil, asciende lo que percibieron á cuenta de la paterna á diez mil ciento veinticinco pesos, los cuales se estimarán como lucrados en el segundo matrimonio, porque se estrajeron del fondo de las utilidades de él, y á no haberlos dado á sus hijos, esto mas habria de caudal; y para que la segunda muger no sea perjudicada en su mitad, se unirán al inventariado como se espresará en la última suposicion, pues no está obligado á dotar ni hacer donacion á sus entenados como si fuera su madre.

OCTAVA.

SOBRE EL TESTAMENTO DE DON JORGE.

D. Jorge Sarmiento falleció en tal dia de tal mes y año bajo el testamento que habia hecho y queda mencionado en el exordio de esta particion, y por él ordenó que se amortajase su cadáver con tal hábito y se sepultase con él, y tal acompañamiento: que en el dia de su entierro siendo hora y si no en el siguiente, se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso; y se dijese por su intencion cuanto antes fuese posible, doscientas misas rezadas con la limosna de cuatro pesos en tales iglesias y altares á escepcion de cincuenta, cuarta parte correspondiente á la parroquia. Dejó el usufructo del remanente del quinto de sus bienes á Doña Juana Velazquez su segunda muger, consignándole en raices con la espresada calidad y prohibicion de que jamás habia de poder disponer de ellos, gravarlos, hipotecarlos ni enagenarlos, mediante á que por su muerte habian de percibirlos con igualdad sus hijos habidos en sus dos matrimonios, y si alguno hubiere fallecido sin dejar sucesion legítima, se habia de repartir entre los que le sobreviviesen, y dejándola, habia ésta de llevar la parte que tocara á su ascendiente á no haber muerto. Legó á su criada María Lopez cincuenta pesos en dinero por una vez. Mejoró en el tercio de sus bienes por mitad á D. Isidro y Doña Ignacia Sarmiento y Velazquez, sus dos hijos menores de Doña Juana Velazquez su muger. Declaró cuanto habia dado á los hijos de su primer matrimonio en cuenta de sus legítimas, y haber fallecido sin testamento ni sucesion la Doña Micaela, por cuya muerte habian recaido en él todos los derechos maternos que le competian. Declaró así mismo estar debiendo varias cantidades á diferentes personas, y mandó se pagasen, como tambien que se cobrasen las deudas que tenia á su favor, pues todas constaban de sus papeles y asientos. Nombró por sus testamentarios con facultad *in solidum* á D. F. y D. F., á quienes prorogó el término legal para cumplir lo que dejaba dispuesto. Instituyó por sus universales herederos á sus cuatro hijos D. José, D. Juan, D. Isidro y Doña Ignacia Sarmiento, habidos en sus dos matrimonios con Doña Lucia Céspedes y Doña Juana Velazquez. Y finalmente revocó todas las disposiciones testamentarias anteriores. Esto es lo sustancial y concerniente á esta particion segun lo que re-

sulta del citado testamento; con arreglo al cual, á los inventarios y demás documentos que se han tenido presentes y á las disposiciones legales, se harán con separacion, distincion y claridad las liquidaciones, deducciones y repartimientos del caudal de ambos matrimonios entre la viuda actual y los espresados cuatro hijos.

NONA.

SOBRE EL INVENTARIO HECHO POR MUERTE DE DON JORGE SARMIENTO, Y LIQUIDACION Y DISTRIBUCION DE SU CAUDAL.

Todo el caudal que dejó D. Jorge Sarmiento, y se inventarió por su muerte, ascendió á trescientos setenta mil pesos, en esta forma: en tierras tanto; en viñas tanto; en casas tanto; en ropa blanca tanto &c. (se espresarán las clases de bienes y su importe como en el primer ejemplo); cuyas partidas suman los referidos trescientos setenta mil pesos, á que unidos diez mil ciento veinticinco que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio en cuenta de su legítima paterna, mientras estuvo casado segunda vez, por lo que salieron del fondo del segundo y se deben estimar por incremento de él, como se ha sentado en la suposicion séptima, compone todo el caudal del referido matrimonio perteneciente á entrambos cónyuges, trescientos ochenta mil ciento veinticinco pesos, de los cuales en observancia de las leyes, y con arreglo al testamento de D. Jorge, se harán las liquidaciones y division correspondiente entre los interesados. En primer lugar se bajan veinte mil pesos importe de la dote de Doña Juana Velazquez; en segundo treinta mil, á que ascienden las deudas de su matrimonio; y en tercero ciento diez mil ciento veinticinco, total capital líquido y efectivo, que como suyo llevó á él D. Jorge. Estas tres partidas hacen los ciento sesenta mil ciento veinticinco pesos, y restados de los trescientos setenta mil ciento veinticinco, resultan de utilidades aumentadas en el segundo matrimonio doscientos diez mil; de los cuales, deducidos novecientos por el lecho cotidiano, quedan de gananciales partibles con igualdad entre D. Jorge y su viuda, doscientos nueve mil cien pesos, cuya mitad son ciento cuatro mil quinientos cincuenta. Unida esta mitad al capital que D. Jorge llevó á su matrimonio, suma su total haber doscientos catorce mil seiscientos setenta y cinco pesos, y bajando de ella once mil seiscientos doce por las arras que ofreció á su muger y seiscientos por lo que costó el luto de ésta, hay para distribuir entre sus cuatro hijos doscientos tres mil sesenta y tres pesos; de los cuales, para deducir las mejora sin violar la ley, se separan los diez mil ciento veinticinco pesos que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, y quedan ciento noventa y dos mil novecientos treinta y ocho, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete pesos, cuatro reales, nueve granos y tres quintos; y el tercio, bajado el quinto, cincuenta y un mil cuatrocientos cincuenta pesos, un real y cuatro quintos de grano; de manera que quedan para legítimas, agregando los diez mil ciento veinticinco pesos que anticipó á los referidos sus dos hijos, y se separaron para sacar la mejora, ciento trece mil veinticinco pesos, dos reales, un grano y tres quintos; de los que, divididos entre los cuatro, tocan á cada uno por su legítima, veintiocho mil doscientos cincuenta y seis pesos, dos reales, seis granos y dos quintos. Por lo que hace á la liquidacion del quinto, se bajan de su importe dos mil trescientos noventa y tres pesos; mil por los derechos del funeral de D. Jorge, doscientos once por la limosna de las cincuenta misas de la cuarta parroquial á cuatro pesos con derechos de cera y oblata; seiscientos por la de las ciento cincuenta restantes por igual limosna sin derechos, diez de las mandas forzosas, otros diez de los hospitales, doce de visitar su testamento, y los quinientos cincuenta restantes del legado que hizo á su criada; de suerte que queda reducido el quinto á treinta y seis mil ciento noventa y cuatro pesos, cuatro reales, nueve granos y tres quintos, los que se aplicarán en bienes raíces á Doña Juana para que los usufructúe conforme á la disposicion de su difunto marido, y por su muerte se dividirán entre sus cuatro hijos ó quien lo represente con arreglo á la voluntad de su padre. Segun esta liquidacion, el haber de Doña Juana en propiedad y usufructo, (sin contar lo que se adjudicó

cará como pagadora de deudas que se le ha de constituir), asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis pesos, cuatro reales, nueve granos y tres quintos; veinte mil por su dote, ciento cuatro mil quinientos cincuenta por la mitad de gananciales, novecientos por el lecho cotidiano, seiscientos por el luto, y once mil doce por las arras que su marido le ofreció, y treinta y seis mil ciento noventa y cuatro pesos, cuatro reales, nueve granos y tres quintos en usufructo por el remanente del quinto. El haber de D. José por su legítima paterna, fuera de lo que tiene tomado y se le debe descontar, es de veintiocho mil doscientos cincuenta y seis pesos, dos reales, seis granos y dos quintos; el de D. Juan de otra igual cantidad; el de D. Isidro por su legítima y mejora, de cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un peso, tres reales y cuatro quintos de grano; el de Doña Ignacia por los propios derechos de la misma cantidad; y uniendo á estos haberes los treinta mil pesos de las deudas, y los dos mil trescientos noventa y tres de los gastos deducidos del quinto, componen todas las partidas especificadas los trescientos setenta mil ciento veinticinco pesos de caudal inventariado por muerte de D. Jorge y colacionado por los dos hijos del primer matrimonio. Hechas estas suposiciones y con la prevencion de que no se abonan alimentos á su viuda por haberse estado manteniendo con sus dos hijos del caudal comun el corto tiempo que hace que murió su marido, ni tampoco vestido ordinario por no haberse inventariado, procedo á evacuar las liquidaciones del caudal de ambos matrimonios, y para ello á formar el siguiente cuerpo de hacienda.

Cuerpo del caudal inventariado por muerte de D. Jorge Sarmiento, y de lo que quedó por la de su primera muger Doña Lucía Céspedes.

CAUDAL DEL INVENTARIO DE DOÑA LUCÍA CÉSPEDES.

Se pone por caudal de esta particion sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cinco pesos, que D. Jorge dió á los dos hijos de su primer matrimonio y se hallaban en su poder por las razones espuestas en las suposiciones sesta y séptima	69,875
Mas mil doscientos veinticinco pesos, importe de los gastos del funeral y misas de Doña Lucía Céspedes, y no se incluye el legado de cinco mil quinientos pesos que hizo á su marido, por estarlo ya en la partida precedente	1,225
Mas diez mil ciento veinticinco pesos que resulta haber anticipado á los dichos dos hijos en cuenta de su legítima paterna, como se ha sentado en las suposiciones séptima y nona	10,125
Mas en tierras inventariadas por muerte de D. Jorge, treinta mil pesos. . . .	30,000

CAUDAL INVENTARIADO POR MUERTE DE D. JORGE.

Mas sesenta mil pesos en viñas.	60,000
Mas ciento cincuenta y cinco mil pesos en casas	155,000
Mas diez mil pesos en ropa blanca	10,000
Mas en trastos de madera, siete mil pesos	7,000
Mas diez mil pesos en pinturas y dorados	10,000
Mas trece mil pesos en ropa de lana y seda.	13,000
Mas dos mil pesos en colchones, mantas y fundas.	2,000
Mas mil pesos en cobre, peltre y azófar	1,000
Mas veintiseis mil pesos en plata labrada sin hechuras.	26,000
Mas catorce mil pesos en diamantes por el tercio de su tasa.	14,000

A la vuelta . . 409,225

	De la vuelta.	409,225
Mas seis mil pesos en deudas cobrables á favor del caudal		6,000
Y últimamente se ponen por cuerpo del caudal veintiseis mil pesos en dinero efectivo.		26,000
	Cuerpo total del caudal.	<u>441,225</u>

Baja.

Se bajan del total referido ciento cincuenta mil pesos que se han inventariado por muerte de Doña Lucía Céspedes, primera muger de D. Jorge	150,000
Quedan para el segundo matrimonio sin incluir setenta y ocho mil novecientos pesos sobrantes del primero, que se unirán cuando se haga la liquidacion y division del caudal de aquel, doscientos noventa y un mil doscientos veinticinco pesos	<u>291,225</u>

Asciende el caudal de esta particion á cuatrocientos cuarenta y un mil doscientos veinticinco pesos, y separados de ellos ciento cincuenta mil inventariados por muerte de Doña Lucía Céspedes, quedan para parte de lo que se inventarió por la de D. Jorge su marido, doscientos noventa y un mil doscientos veinticinco, á los cuales se agregarán setenta y ocho mil novecientos que debieron tocar á D. Jorge en la liquidacion del que quedó cuando falleció dicha Doña Lucía, y compondrán los trescientos setenta mil ciento veinticinco pesos, como se demostrará en su lugar; por lo que procedo á evacuar la del que dejó ésta.

LIQUIDACION DEL CAUDAL INVENTARIADO POR MUERTE DE DOÑA LUCÍA CÉSPEDES.

El caudal inventariado por muerte de Doña Lucía Céspedes ascendió á ciento cincuenta mil pesos, como se ha espresado en la cuarta suposicion. 150,000

Bajas comunes de el.

Se bajan de este caudal veintisiete mil ochocientos pesos líquidos, á que quedaron reducidos los treinta mil que llevó en dote Doña Lucía, por la razon espuesta en la primera suposicion	27,800
Mas cuarenta mil que D. Jorge Sarmiento llevó como capital suyo á su matrimonio con Doña Lucía, segun se refiere en la segunda suposicion	40,000
	<u>Total de bajas comunes. 67,800</u>
	Resultan de gananciales 82,200
	<u>Cuya mitad son 41,100</u>

Importan las deducciones hechas del caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Céspedes, sesenta y siete mil ochocientos pesos, y rebajados de los ciento cincuenta mil que suma su total, resultan de gananciales adquiridos en su matrimonio ochenta y dos mil doscientos pesos, cuya mitad son cuarenta y un mil ciento.

HABER DE DOÑA LUCÍA CÉSPEDES.

Doña Lucía Céspedes debe haber por dote liquida veintisiete mil ochocientos pesos.	27,800
Mas por su mitad de gananciales	<u>41,100</u>

Al frente 68,900

	Del frente . . .	68,900
Mas por las arras que le ofreció su marido, dos mil doscientos		2,200
	Total haber suyo. . .	71,100
	Importa el quinto. . .	14,220
Quedan de caudal bajado el quinto para sacar el tercio.		56,880
El tercio de éstos asciende á diez y ocho mil novecientos sesenta pesos.		18,960
Y deducidos tercio y quinto quedan para las legítimas de sus tres hijos treinta y siete mil novecientos veinte pesos		37,920
De éstos tocan á cada hijo doce mil seiscientos cuarenta pesos.		12,640

**LIQUIDACION Y DISTRIBUCION DEL QUINTO DE LOS BIENES DE DOÑA LUCÍA
CESPEDES.**

El quinto de los bienes de Doña Lucía Céspedes asciende á catorce mil doscientos veinte pesos 14,220

Bajas de él.

Por los gastos del funeral novecientos pesos, como consta de recibos.	900
Por la limosna, á tres pesos cada una, de las veinticinco misas de la cuarta parroquial, juntamente con los derechos de cera y oblata, ochenta pesos.	80
Por las setenta y cinco restantes, á los mismos tres pesos, sin mas derechos, doscientos veinticinco pesos.	225
Por el legado que hizo á las mandas forzosas y hospitales ocho pesos, cuatro unas y cuatro otras.	8
Por los derechos de visitar el testamento, doce pesos	12
Por el legado que hizo á su marido, cinco mil quinientos pesos	5,500
Importan estas bajas.	6,725
Total del quinto.	14,220
Líquido sobrante de él	7,495

Restámen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion.

D. Jorge Sarmiento por su capital, cuarenta mil pesos	40,000
Mas por su mitad de gananciales cuarenta y un mil ciento	41,100
Mas por el legado que le hizo su muger cinco mil quinientos	5,500
Total del haber de D. Jorge	86,600
Se bajan por las arras que ofreció á su muger.	2,200
Queda reducido su haber á	84,400
Se bajan de éstos los cinco mil quinientos pesos del legado	5,500
Es su líquido haber en propiedad	78,900

HABER DE DON JOSÉ SARMIENTO.

D. José Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos cuarenta pesos 12,640

HABER DE D. JUAN SARMIENTO.

D. Juan Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos cuarenta pesos	12,640
--	--------

HABER DE DOÑA MICAELA SARMIENTO.

Dofia Micaela Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos cuarenta pesos	12,640
Mas por el tercio, diez y ocho mil novecientos sesenta pesos.	18,960
Mas por el residuo del quinto, siete mil cuatrocientos noventa y cinco pesos.	7,495
Total haber suyo.	39,095

Comprobacion de esta liquidacion.

Por el haber liquido de D. Jorge Sarmiento en propiedad.	78,900
Por el legado que le hizo su muger.	5,500
Por la legítima materna de D. José Sarmiento.	12,640
Por la de D. Juan Sarmiento.	12,640
Por la legítima y mejora del tercio y remanente liquido del quinto perteneciente á Dofia Micaela Sarmiento.	39,095
Por los gastos del funeral, misas y visita del testamento de Dofia Lucia Céspedes, y mandas hechas á los santos lugares y hospitales	1,225
Suman estas seis partidas	150,000
Y el caudal inventariado.	150,000
Igual.	000,000

Por la liquidacion y deducciones precedentes se manifiesta que el haber perteneciente á Dofia Lucia Céspedes, primera muger de D. Jorge Sarmiento, asciende á setenta y un mil cien pesos; veintisiete mil ochocientos de su dote liquida, cuarenta y un mil ciento por su mitad de bienes gananciales, y dos mil doscientos por las arras que su marido le ofreció; que el quinto de ellos son catorce mil doscientos veinte pesos; y el tercio, deducido aquel, diez y ocho mil novecientos sesenta; por lo que restan para legítimas treinta y siete mil novecientos veinte pesos, y tocan á cada uno de sus tres hijos por la suya doce mil seiscientos cuarenta; que deduciendo del quinto seis mil setecientos veinticinco pesos por los gastos del funeral y misas de Dofia Lucia y legados que hizo, quedan siete mil cuatrocientos noventa y cinco; que D. Jorge debe haber ochenta y seis mil seiscientos pesos; cuarenta mil por su capital, cuarenta y un mil ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil quinientos por el legado que le hizo su muger; y bajando de su total los dos mil doscientos que ofreció á ésta en arras, y los cinco mil quinientos del legado que debió reservar á los hijos de su primer matrimonio, queda reducido su verdadero haber en propiedad á setenta y ocho mil novecientos, los que se han de agregar al caudal del segundo matrimonio para su liquidacion y division; y en fin, que D. José Sarmiento debe percibir por su legítima doce mil seiscientos cuarenta pesos; Don Juan otra cantidad igual por la suya, y Dofia Micaela por la suya y por su mejora del tercio y remanente del quinto treinta y nueve mil noventa y cinco. Y respecto estar evacuada la liquidacion del caudal del primer matrimonio, se procede á hacer la del segundo.

Hecho cargo el partidor de que, en esta particion hay dos inventarios y dos liquidaciones y de que los caudales son diversos, y parte del primer matrimonio está incluso en la del segundo, y parte no, estrañará que habiendo salido durante éste del cuerpo del caudal la primera, segunda y tercera partidas puestas en el general que dejamos formado de ambos, la primera porque

la llevó el marido á él; la segunda, porque al tiempo del fallecimiento de la primera muger estaba embebido su importe en el que se inventarió; y la tercera, porque era parte de los gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, los haya incluido en dicho cuerpo general; pero debe considerarse que si no se hubiesen puesto en él para complemento de ambos caudales, faltaria el competente, y seria imposible la division. Estrañará así mismo tal vez que se pongan por mayor las espresadas tres partidas, y no los bienes que la componen; á lo cual satisfacemos con decir que en el presente caso seria abultar y gastar infructuosamente tiempo, trabajo y papel; ya porque los bienes no se hayan en el caudal, ya porque el padre dió á sus hijos los raices que le correspondian, como queda sentado en la última suposicion, y nunca debian dividirse sino entre ellos; y ya porque aun cuando no les tocan por razon de dominio, una vez entregados, no se les debian quitar, excepto si tuviesen que restituir; y así bastaba traer numéricamente su importe á esta particion. Pero al contrario será cuando se hallen los inventariados, y por no haber tomado estado los hijos ó por otra causa nada les dió su padre; pues entonces se deherán poner; y el partidor ha de formar una suposicion del importe de los raices y otros conocidos de la primera muger, especificándolos para que se sepa cuáles son y se apliquen á sus hijos, haciendo á este efecto el correspondiente cotejo con su instrumento dotal y demás papeles que lo acrediten; lo cual procede en los tres ó mas matrimonios, segun sea el caso. Mas sin embargo de que se hallen dichos bienes en el caudal inventariado, si su padre les dió otros equivalentes y se contentaron con ellos, es superfluo hacer el cotejo; porque está visto haberse celebrado entre hijos y padre un contrato de permuta y subrogacion, en cuya virtud adquirió el padre los que correspondian á sus hijos por su madre.

LIQUIDACION Y DISTRIBUCION DEL CAUDAL DEL SEGUNDO MATRIMONIO.

Son caudal del segundo matrimonio de D. Jorge Sarmiento, setenta y ocho mil novecientos pesos que quedaron sin aplicar en la liquidacion anterior, tocaron segun ella al D. Jorge y los llevó al dicho matrimonio.	78,900
Mas doscientos noventa y un mil doscientos veinticinco pesos que sobraron del cuerpo general del caudal de esta particion, segun se espresa á su final, en los que se incluye lo que D. Jorge heredó de su tio D. Alejandro y llevó tambien á su segundo matrimonio, y lo que durante éste anticipó á sus dos hijos del primero en cuenta de su legítima paterna.	291,225
Total del caudal del segundo matrimonio	370,125

El caudal inventariado por muerte de D. Jorge Sarmiento y correspondiente á su segundo matrimonio asciende á trescientos setenta mil ciento veinticinco, como se ha sentado en la última suposicion, de cuyo total se procede á hacer las correspondientes deducciones.

Bajas comunes.

Se bajan de este caudal veinte mil pesos que Doña Juana Velasquez llevó en dote á su matrimonio.	20,000
Mas treinta mil pesos que su marido estaba debiendo cuando falleció, segun consta de la última declaracion del inventario hecha por su muerte.	30,000
Mas ciento diez mil ciento veinticinco, líquidos y efectivos que D. Jorge llevó por capital suyo sin responsabilidad alguna á su segundo matrimonio: setenta y ocho mil novecientos que le tocaron en la particion de los bienes de su primera muger; y treinta y un mil doscientos veinticinco pesos, que mientras estuvo viu-	
A la vuelta.	50,000

	De la vuelta.	50,000
do parece haber heredado de su tío D. Alejandro Sarmiento, segun se ha re-	ferido en las suposiciones cuarta y quinta.	110,125
Total de bajas comunes		160,125
Hay de gananciales		210,000

Las partidas inventariadas y deducidas del total inventariado y correspondientes al segundo matrimonio de D. Jorge, importan ciento sesenta mil ciento veinticinco pesos, y bajados éstos de los trescientos setenta mil ciento veinticinco, resultan de utilidades en él doscientos diez mil, de los cuales se hace la deducción siguiente.

Bajas de gananciales.

Se deducen del total de gananciales novecientos pesos, que segun tasacion im-		
portan los colchones, sábanas, mantas y demás cosas de que se compone el le-		
cho cotidiano de D. Jorge y su viuda Doña Juana, á la que corresponde por		
permanecer en este estado		900
Quedan de gananciales partibles con igualdad entre D. Jorge y Doña Juana		209,100
Cuya mitad son		104,550

De los doscientos diez mil pesos que importan los bienes que D. Jorge y Doña Juana lucraron mientras estuvieron casados, deduciendo novecientos por el lecho cotidiano, quedan liquidos y partibles entre ambos ciento cuatro mil quinientos cincuenta pesos; por lo que procedo á liquidar el haber de D. Jorge, hacer de él las deducciones que conforme á derecho y á su voluntad deben hacerse.

En el capítulo 1.º del tit. 19 de este libro 2.º hemos tratado del modo de deducir la dote de la segunda muger cuando en su matrimonio hay gananciales y los acepta, y su marido tiene hijos del primero, que no están pagados de su haber materno, lleve ó no el segundo bienes equivalentes á cubrirsele ó algunos mas suyos, ó ningunos; y á fin de no perjudicarla en su mitad, esplicamos con la claridad posible los casos comprendidos en los números 14, 15, 16 y 17 de dicho capítulo que pueden ocurrir. Para la mejor inteligencia del número 17 es indispensable dividir las dos partes que incluye dicho caso, y hacer con separacion de cada una la esplicacion correspondiente.

La primera parte es cuando el padre lleva al segundo matrimonio bienes suyos y de sus hijos habidos en el primero, y durante aquel les da el todo ó parte de lo que les toca por su madre, y no mas. En este caso se puede hacer la cuenta de dos modos; el uno es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, deducir de él, hecho todo un cuerpo, la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro conforme lo llevó á él, y hechas estas tres deducciones, será el residuo gananciales partibles entre la viuda y todos los hijos de su difunto marido. Y el otro modo es no hacer mérito ni agregar al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y deducir únicamente lo que hecha la entrega quedó de su capital, como si nada mas hubiera llevado á su matrimonio, y saldrá la misma cuota y porcion de gananciales como se demuestra en el siguiente ejemplo.

SUPOSICIONES PARA FORMAR LA CUENTA.

El caudal inventariado importa treinta mil pesos	30, 000

La dote de la segunda muger ocho mil pesos	8,000
Las deudas del segundo matrimonio mil pesos	1,000
El capital del marido diez mil pesos, y cuatro mil que tocaban á sus hijos por su herencia materna, compone todo lo que llevó á su matrimonio catorce mil pesos	14,000
Y lo que dió á sus hijos fueron los cuatro mil pesos de su haber materno, y no mas	4,000

MODO PRIMERO DE FORMARLA.

Caudal inventariado	30,000
Lo dado por el padre á sus hijos	4,000
Total	34,000

Bajas.

Dote de la segunda muger	8,000
Deudas del segundo matrimonio	1,000
Capital que el marido llevó á él suyo y de sus hijos	14,000
Total de bajas	23,000
Quedan de utilidades	11,000
Cuya mitad son	5,500

MODO SEGUNDO.

Caudal inventariado	30,000
-------------------------------	--------

Bajas de este caudal.

Dote de la segunda muger	8,000
Deudas contraidas en el segundo matrimonio.	1,000
Caudal propio del marido.	10,000
Total de bajas.	19,000
Quedan de utilidades para ambos.	11,000
Cuya mitad son.	5,500

La segunda parte del caso comprendido en el citado núm. 17, es cuando el padre no solo dió á sus hijos todo lo que tenia en su poder y les tocaba por su haber materno, sino que del caudal del segundo matrimonio les anticipó algo á cuenta del paterno. En éste se puede hacer tambien la cuenta de dos modos: primero: agregando numéricamente al caudal inventariado lo que percibieron por su madre y lo que les anticipó, y bajando de la suma de este total la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y el capital íntegro que su padre entró en él; pues lo que quede hechas estas deducciones, será la utilidad partible por mitad entre la viuda é hijos de su difunto marido; y el segundo que es el que hemos observado en la presente particion ó ejemplo, se reduce á agregar únicamente el caudal inventariado de lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su legítima paterna, y bajar de lo que sumen estas dos partidas la dote segunda, las deudas espresadas, y lo que el padre llevó como fondo suyo sin responsabilidad al segundo matrimonio y no mas, porque hechos estos descuentos, resulta la misma utilidad que del primer modo, segun se demuestra en las cuentas siguientes;

SUPOSICIONES PARA FORMAR LA CUENTA.

El caudal inventariado importa treinta mil pesos	30,000
La dote de la segunda muger ocho mil pesos.	8,000
Las deudas de su matrimonio mil pesos	1,000
El capital que el marido llevó á él diez mil pesos, que con lo de sus hijos componen catorce mil pesos.	14,000
Y lo que dió á éstos son ocho mil pesos.	8,000

MODO PRIMERO DE FORMARLA.

Caudal inventariado.	30,000
Lo entregado por el padre á sus hijos.	8,000
Total del caudal.	38,000

Bajas.

Dote de la segunda muger	8,000
Deudas del segundo matrimonio	1,000
Capital que el marido llevó á él, incluso lo que era de sus hijos.	14,000
Total de bajas.	23,000
Queda de gananciales.	1,500
Cuya mitad son.	750

MODO SEGUNDO.

Caudal inventariado	30,000
Lo anticipado por el padre á sus hijos en cuenta de legitima paterna.	4,000

Bajas.

Dote de la segunda muger	8,000
Deudas del segundo matrimonio	1,000
Capital líquido y propio sin responsabilidad alguna.	10,000
Total de bajas.	19,000
Quedan de gananciales.	15,000
Cuya mitad son.	7,500

Por las cuentas precedentes podrá formar el partidior en casos semejantes todas las que le ocurran de mayor ó menor caudal, entre hijos de dos, tres ó mas matrimonios, para no perjudicar á las mugeres ni á los hijos de las difuntas en su parte de gananciales, observando en cuanto á la deducción del lecho cotidiano lo explicado en el cap. 7 del tit. 20 de este lib. 2.º

Por lo concerniente á los tres casos explicados, le remitimos á ellos por haberle dado ya bastantes luces; y así pasamos á continuar el siguiente ejemplo:

HABER DE DON JORGE.

D. Jorge Sarmiento debe haber por su capital ciento diez mil ciento veinticinco pesos	110,125
Mas por su mitad de gananciales, ciento cuatro mil quinientos cincuenta pesos.	104,550

Total haber suyo . . .	214,675
------------------------	---------

Bajas de este haber.

Por las arras que ofreció á su muger once mil doce pesos.	11,012
Por el luto que se le debe seiscientos pesos.	600

Total de bajas. . . .	11,612
-----------------------	--------

Caudal líquido para distribuir. . .	203,063
-------------------------------------	---------

Bajas de este caudal líquido para sacar la mejora.

Por lo que anticipó á sus dos hijos en cuenta de su legítima paterna, diez mil ciento veinticinco pesos	10,125
---	--------

Quedan para deducir la mejora.	192,938
--	---------

DISTRIBUCION DEL CAUDAL DE DON JORGE ENTRE SUS HIJOS.

El caudal líquido de D. Jorge para sacar la mejora, son ciento noventa y dos mil novecientos treinta y ocho pesos.	192,938
Importa el quinto de éstos.	38,587 4 9 3/5
Quedan para sacar el tercio.	154,350 3 2 2/5
El tercio de éstos son.	51,450 1 0 4/5
Quedan para legítimas.	102,900 2 1 3/5

AUMENTO POR VIA DE COLACION.

Se aumenta al caudal que queda para legítimas paternas, lo que se bajó para deducir la mejora, que son.	10,125 0
Total de legítimas.	113,025 2 1 3/5
Total á cada uno de los cuatro hijos que dejó D. Jorge por su legítima paterna.	28,256 2 6 2/5
Y á cada uno de los de su primer matrimonio, mediante lo que tiene tomado.	23,193 0 8

LIQUIDACION Y REPARTIMIENTO DEL QUINTO DE LOS BIENES DE DON JORGE.

El quinto de los bienes que dejó D. Jorge Sarmiento asciende á treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete pesos, cuatro reales, nueve granos y tres quintos.	38,587 4 9 3/5
---	----------------

Bajas de el.

Se bajan mil pesos importe de su funeral.	1,000
Mas doscientos once pesos por la limosna de las cincuenta misas de la cuarta parroquial á cuatro pesos, con cera y oblata	211
Mas seiscientos pesos limosna de las ciento cincuenta restantes hasta las doscientas que mandó celebrar á los cuatro pesos.	600
Mas diez pesos que legó á las mandas forzosas	10
Mas diez pesos á los hospitales.	10
Mas doce pesos por los derechos de visitar su testamento.	12
Mas quinientos cincuenta pesos que legó á su criada	550
Importan estas deducciones.	2,393
Total del quinto.	38,587 4 9 3/5
Queda reducido á	36,194 4 9 3/5

El total haber de D. Jorge Sarmiento, por su capital y mitad de gananciales, asciende á doscientos catorce mil seiscientos setenta y cinco pesos, de que bajados once mil seiscientos doce pesos por las arras y luto de su viuda, quedan liquidos doscientos tres mil sesenta y tres pesos; y separando de éstos para el único efecto de sacar la mejora diez mil ciento veinticinco, que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, restan así mismo ciento noventa y dos mil novecientos treinta y ocho pesos; cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete pesos, cuatro reales, nueve granos y tres quintos, y el tercio cincuenta y un mil cuatrocientos cincuenta pesos, un real y cuatro quintos de grano: por lo que hay para legítimas ciento dos mil novecientos pesos, dos reales, un grano y tres quintos, y agregados los diez mil ciento veinticinco pesos separados, asciende el caudal para legítimas á ciento trece mil veinticinco pesos con dos reales, un grano y tres quintos. De ellos tocan á cada uno de los cuatro hijos que dejó D. Jorge veintiocho mil doscientos cincuenta y seis pesos, dos reales, seis granos y dos quintos por su legítima paterna, y á cada uno de los de su primer matrimonio descontándole cinco mil sesenta y dos pesos con cuatro reales, mitad de los diez mil ciento veinticinco que su padre anticipó á entrambos y se les aplicarán en vacío, corresponden veintitres mil ciento noventa y tres pesos con ocho granos. En cuanto al quinto, bajando de su total dos mil trescientos noventa y tres pesos, importe de los gastos del funeral, misas y legados que hizo D. Jorge, quedan treinta y seis mil ciento noventa y cuatro pesos, cuatro reales, nueve granos y tres quintos, que se aplicarán en usufructo á Doña Juana Velazquez como se ha dicho en la última suposicion.

Resúmen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta segunda division por todos sus derechos.

HABER DE DOÑA JUANA VELAZQUEZ.

Doña Juana Velazquez debe haber por su dote veinte mil pesos.	20,000 0
Mas por su mitad de gananciales ciento cuatro mil quinientos cincuenta pesos.	104,550 0
Mas por el lecho cotidiano novecientos pesos.	900 0
Mas por el luto ordinario seiscientos pesos.	600 0
Mas por las arras que le ofreció su marido once mil doce pesos.	11,012 0
Mas en usufructo durante su vida por el remanente del quinto que su marido le legó, treinta y seis mil ciento noventa y cuatro pesos, cuatro reales, nueve granos y tres quintos	36,194 4 9 3/5
Total haber de Doña Juana	173,256 4 9 3/5

HABER DE DON JOSÉ SARMIENTO.

Don José Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis pesos con dos reales, seis granos y dos quintos. 28,256 2 6 2/5

HABER DE DON JUAN SARMIENTO.

Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis pesos con dos reales, seis granos y dos quintos. 28,256 2 6 2/5

HABER DE DON ISIDRO SARMIENTO.

Don Isidro Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis pesos con dos reales, seis granos y dos quintos. 28,256 2 6 2/5

Mas por la mitad de la mejora del tercio, veinticinco mil setecientos veinticinco pesos con seis granos y dos quintos. 25,725 0 6 2/5

Total haber de D. Isidro. 53,981 3 0 4/5

HABER DE DOÑA IGNACIA SARMIENTO.

Doña Ignacia Sarmiento debe haber por su legítima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis pesos con dos reales, seis granos y dos quintos. 28,256 2 6 2/5

Mas por la mitad de su mejora del tercio, veinticinco mil setecientos veinticinco pesos con seis granos y dos quintos. 25,725 0 6 2/5

Total haber de Doña Ignacia. 53,981 3 0 4/5

COMPROBACION DE ESTA CUENTA.

Por el haber de Doña Juana Velazquez. 173,256 4 9 3/5

Por el de D. José Sarmiento. 28,256 2 6 2/5

Por el de D. Juan Sarmiento. 28,256 2 6 2/5

Por el de D. Isidro Sarmiento. 53,981 3 0 4/5

Por el de Doña Ignacia Sarmiento. 53,981 3 0 4/5

Mas por las deudas contra el caudal. 30,000

Por lo que importan las deducciones del quinto. 2,393

Total caudal del segundo matrimonio. 370,125 0 0 0

Importa el inventario los mismos. 370,125 0 0 0

Igual. 000,000 0 0 0

Este resumen y liquidacion manifiesta que el haber de Doña Juana Velazquez por sus derechos asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis pesos, cuatro reales, nueve granos y tres quintos: el de D. José Sarmiento por su legítima á veintiocho mil doscientos cincuenta y seis pesos, dos reales, seis granos y dos quintos: el de D. Juan á otra igual cantidad: el de D. Isidro por su legítima y mitad de mejora á cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un pesos, tres reales y cuatro quintos de grano; y el de Doña Ignacia por iguales derechos á la misma cantidad: de suerte que agregando á estos haberes los treinta mil pesos de las deudas contra el caudal, y los dos mil trescientos noventa y tres pesos que se bajaron del quinto, componen todas las partidas los trescientos setenta mil ciento veinticinco pesos inventariados: por lo que procederé á hacer las adjudicaciones á los interesados. Por el modo y orden que se observó en el primer ejemplo, podrá el partido formar sus respectivas adjudicaciones á los interesados, aplicando en vacío ó entrada por salida, lo que

hubieren tomado á cuenta, y poniéndole por primera partida, como que debe proceder á todas por ser anterior; y si los hijos del primer matrimonio no estuviesen pagados de su haber paterno ó materno, se les formará hijuela que comprenda ambas legítimas, pues en este ejemplo, por estarlo ya no se las formamos. Despues de hechas las adjudicaciones á los interesados y la hijuela para el pago de las deudas que haya en caso de formarse por no haberse pagado antes de la particion; hará las declaraciones convenientes, segun ocurra, para lo que no le podemos dar regla fija, por ignorar lo que puede ocurrir que declarar.

HIJUELA PARA EL PAGO DE LAS DEUDAS QUE TENIA CONTRA SÍ DON JORGE SARMIENTO CUANDO FALLECIÓ

Ha de haber diez mil pesos que su difunto marido estaba debiendo á Santiago Delgado por escritura que otorgó á su favor tal dia, mes y año ante el escribano.	10,000
Mas seis mil pesos, que de veinte mil importe de la obra que en su casa de tal calle hizo Francisco Sanchez, alarife, le quedó debiendo, segun consta de la cuenta ajustada y recibos de lo que le habia satisfecho puestos á su continuacion. . .	6,000
Mas cuatro mil que tambien debia á Lorenzo Lopez, segun vale de tantos de tal mes y año.	4,000
Mas novecientos pesos que liquidadas cuentas con varios carreteros que trajeron materiales para dicha obra resultó deberles.	900
Mas trescientos pesos que debia á María de tal, su criada, por el salario de tanto tiempo á tanto cada mes.	300
Mas cinco mil pesos resto de una escritura de fianzas de diez mil pesos que otorgó á favor de D. Juan Rodriguez por Roque Alvarez, su deudor, quien falleció sin dejar bienes con que pagárselos	5,000
Y últimamente ha de haber tres mil ochocientos pesos que debia por administracion de los bienes de tal concurso, como resulta de la cuenta y aprobacion judicial	3,800
Total haber	30,000

Las partidas que debe haber Doña Juana Velazquez, como pagadora de las deudas de su marido, importan los treinta mil pesos que se han deducido del cuerpo del caudal, para cuyo pago se le aplican los bienes siguientes.

PAGO.

Se dan en pago y adjudicacion á dicha Doña Juana Velazquez veinte y tres mil pesos que despues de pagados el funeral, y misas de su marido, legados que hizo y otros gastos, sobraron de los veinte y seis mil pesos que habia en dinero efectivo cuando falleció y se pusieron por cuerpo del caudal	23,000
Mas cuatro mil pesos en tales alhajas de plata, por su peso y sin hechuras, segun se pusieron por cuerpo del caudal	4,000
Mas tres mil pesos que está debiendo N., por tal razon y debe entregar tal dia . .	3,000
Total de bienes aplicados	30,000
Total haber	30,000
Queda pagada enteramente	00,000

Las partidas aplicadas á Doña Juana Velazquez ascienden á treinta mil pesos, y los débitos que debe satisfacer con ellas importan la misma cantidad, con que queda pagada enteramente; á cuya consecuencia se obliga á recojer de los acreedores las escrituras, vales, cuentas y papeles justificativos de sus créditos, con los resguardos que deberán darle de habérselos pa-

gado, y á entregarlos todos á los hijos de su marido para el suyo, y que nunca sean molestados por el todo ni por parte de su importe; como tambien, si para cobrar los tres mil pesos del crédito que se le ha adjudicado hiciere algunos gastos judiciales por morosidad del deudor, le deberán abonar los hijos de su marido la mitad de ellos á prorrata, quedando de su cuenta la otra mitad, como que lleva la de los gananciales enteramente.

Con arreglo á esta hijuela de deudas podrá hacer el partidor las que le ocurran de mayor á menor suma; y si los interesados quieren, podrá incluir así mismo en ella, no solo las que el testador tenia cuando falleció, sino tambien las que ocurran despues de su muerte con motivo de su entierro, gastos de inventario y otros, aplicando al pagador de todo, como que ha de ser efectivo su desembolso, dinero ó bienes en que no tenga ninguna pérdida. Además aunque nada esté satisfecho, se puede evitar la fórmula separada, pues en aplicando el constituido pagador en su misma adjudicacion el importe de ellas en los bienes referidos y espresando con la correspondiente distincion los acreedores, como se ha hecho, nada se varia la sustancia, y surte el mismo efecto: las particiones entre hijos de tres ó mas matrimonios deben evacuarse por el propio orden y método que ésta, añadiendo las precisas suposiciones y haciendo separadamente las liquidaciones y aplicaciones segun ocurran los casos; por lo que omitimos poner mas ejemplos, mayormente cuando bastante luz tiene el partidor con los dos propuestos y sus advertencias para gobernarse y no errar.

Particion estrajudicial hecha por los mismos herederos, y reducida á instrumento público.

En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano de su número y testigos Francisco, Diego y Juan Fernandez vecinos de ella, hijos de legitimo matrimonio de Pedro Fernandez difunto, y mayores de veinticinco años, dijeron: Que en tantos de tal mes del presente falleció en esta ciudad el espresado su padre, bajo del testamento que habia otorgado en tal dia de tal mes y año, ante F. escribano del propio número, en el cual los instituyó por sus universales herederos, como únicos hijos suyos y de Andrea Perez, su difunta muger; que por su herencia aceptaron la suya con beneficio de inventario, el cual hicieron solemnemente dentro del término y con la pureza y escrupulosidad legal en presencia de F., escribano, á consecuencia de auto proveido ante mí á su instancia en tantos de tal mes por el Sr. N., juez de primera instancia de esta ciudad, de todos los bienes y créditos que se encontraron pertenecerle, los cuales se valuaron por los peritos que unánimes eligieron; y en fin, que habiéndose concluido el inventario se pagaron las deudas que llegaron á su noticia tenia contra sí el referido su padre. Y considerando que de nombrar partidores judiciales para dividirlos se le ocasionarian crecidos gastos, deliberaron hacer por sí mismos la particion de ellos, y para que nunca se dudase de su verdad, reducirla á instrumento público, como en efecto lo han hecho segun su convenio, y me la entregaron firmada por todos, para que se una á esta escritura, é inserte en sus traslados lo correspondiente con la adjudicacion hecha á cada interesado: su literal tenor es el siguiente. (Aquí se insertan las suposiciones y lo correspondiente á cada uno por su haber cuando se le da su cópia, y luego prosigue la escritura). Y para que la espresada particion estrajudicial tenga la validacion que desean los interesados en ella, la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete y de su libre voluntad, otorgan que aprueban, ratifican y dan por hecha, perfectamente la espresada particion, con sus suposiciones (si las tuviere) cuerpo del caudal, deducciones, adjudicaciones, declaraciones y todo lo demás que contiene, dándose por entregados mutuamente á su satisfaccion de los bienes aplicados á cada uno, y de los títulos de pertenencia de los raices que le tocaron (si no los hubiere se omitirá esta espresion); y por no parecer de presente su entrega mediante haber sido cierta y efectiva, como lo confiesan, renuncian la escepcion que podian oponer de no habérseles hecho; la ley 9, tít. 1, part. 5, que trata de ella, y los dos años que prefiere para la prueba de su recibo, dándolos por pa-

sados como si realmente lo estuvieran, formalizando á su favor el recibo ó resguardo mas eficaz que conduzca á su seguridad: á cuya consecuencia se desapoderan y apartan por sí y sus herederos y sucesores del dominio, posesion y otro cualquier derecho que les corresponda indistintamente á los referidos bienes, y cada cosa de la herencia, cediéndolo y traspasándolo todo entera y recíprocamente sin la menor reserva, puesto que con los que se les han aplicado se hallan satisfechos y reintegrados de su total haber paterno. Así mismo se confieren el mas amplio y revocable poder que necesiten, con facultad de sustituirlo, para que cada uno tome la posesion de los que se les adjudicaron y los enagenare y disponga de ellos á su arbitrio, como de cosa suya adquirida con justo título, cual lo son la adjudicacion que se les formó y este instrumento, del que quieren se dé á cada uno copia autorizada con insercion de su hijuela, suposiciones, declaraciones y demás que corresponda, á fin de que les sirva de título legítimo de pertenencia de su haber, con la cual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberse trasferido á todos y á cada uno la posesion y dominio de cuanto se les adjudicó. Además, declaran que en la valuacion de los bienes inventariados, y en la liquidacion, deducciones, cuota y calidad de los aplicados á todos tres no ha habido lesion, engaño, ni el mas leve perjuicio, por haberse practicado con rectitud y pureza, observando en su distribucion y repartimiento la proporcion correspondiente al haber de cada uno en todas sus clases sin causarles agravio; y en caso que se haya hecho, ya consista en error material de cálculo, ya en el modo y forma de liquidar, deducir, aplicar y distribuir, ya en otra cosa que por olvido ó ignorancia no se haya tenido presente, se remiten la cantidad á que ascienda, sea mucha ó poca, haciéndose donacion pura, perfecta é irrevocable de ella, y renunciando á mayor abundamiento la ley 2.^a tit. 1, lib. 10 de la Nov. Rec. que trata de lo que se vende y permuta y de otros contratos en que hay lesion en mas ó menos de la mitad de lo justo, y los cuatro años que prescribe para pedir la rescision de dichos contratos, ó el suplemento al legítimo y verdadero valor de las cosas de que se habla en ellos. Tambien se obligan á que si en algun tiempo se descubrieren otros bienes ó créditos pertenecientes á la testamentaria del indicado su padre, los dividirán entre sí por la misma proporcion que los inventariados, sin diferencia; y con la misma se proratearán y pagarán las deudas que aparecieren contra su caudal, habiendo de poder ser compelidos á todo esto por rigor de derecho y via ejecutiva. Obliganse igualmente al pago de estas costas, daños y perjuicios que ocasionaren á los coherederos el descubridor de los bienes ignorados, ya resistiendo la manifestacion de ellos para dividirlos, ya difiriéndola maliciosamente, ó los causare alguno de los otorgantes por ser moroso en pagar puntualmente la porcion que le toque de las deudas que aparecieren contra el caudal, deferido el importe de todo en su relacion jurada, ó de quien los represente, sin otra prueba que la averiguacion. Así mismo, en cumplimiento de lo ordenado por la ley 9. tit. 15, part. 6, se obligan á la eviccion y saneamiento de los bienes aplicados á cada uno, y á que si alguno de los raices ó reductibles saliesen fallidos, por pertenecer á tercero, ó estuvieren hipotecados ó afectos á gravámen ó responsabilidad que por ignorancia ó por otra causa legal, aunque aquí no se especifique, no se redujo, la reintegrarán de los que le quepan y deban resarcirle. Y si se le moviere pleito sobre ellos ó cualquiera finca, por poco que valga, saldrán á su defensa, requiriéndoles conforme á derecho, y haciéndoselo saber en el término que éste prefine, no de otra suerte; y lo seguirán á sus expensas en todas instancias hasta ejecutoriarlo y dejarle en su quieta y pacífica posesion; sin que tenga que gastar ni desembolsar de su caudal la mas leve cantidad; por manera que si requeridos y citados de eviccion en los términos propuestos no lo siguieren, lo ha de continuar el demandado sin necesidad de interpelarlos mas en ningun estado de pleito, pues la primera citacion ha de ser perentoria para todos los trámites del juicio en cualquiera instancia; y en este caso si obtuviere sentencia favorable, le bonificarán y pagarán todas las costas y gastos que espresé haber espendido y originádosele, sígale por sí ó válgase de otro á quien satisfaga el trabajo de su solicitud; y si fuere condenado y despojado de la finca ó fincas litigiosas, le han de abonar enteramente los referidos gastos y perjuicios, el valor en que se le adjudicaron las fincas

desmembradas, y los frutos que en virtud de la sentencia haya restituido, bajo de la propia pena de ejecucion y costas, girándose la cuenta entre todos tres, pues si los bienes se hallaron *pro indiviso*, saldria todo de la masa comun, y tanto menos percibiria cada uno. Para eximirse de su abono no les servirá el imputar á culpa ó negligencia suya la pérdida del pleito, porque sobre ello no han de ser oidos en juicio, escepto que le abandone sin hacer defensa alguna, ó no apele de la decision condenatoria en tiempo y forma, ó que lo comprometa sin espreso consentimiento por escrito de los acreedores, ú ocurra alguna de las otras causas por las que segun derecho no hay obligacion á la eviccion de saneamiento de que tratan las leyes 36 y 37 del tit. 5, part. 5, en cuyos casos, y no en otro, sea el que fuere, no han de estar obligados á ella. A mas, se obligan á no reclamar esta escritura ni en todo ni en parte, y para su mas exacta y puntual observancia se imponen recíprocamente la pena de tantos pesos (si así fuere), que ha de exigirse al infractor tantas cuantas veces contraviniere y se retractare de cumplir lo pactado; queriendo que ya la pague, ya se le remita, se lleve no obstante á debido efecto esta escritura en todas sus partes, sin alteracion, interpretacion ni tergiversacion, y se suplan todos los defectos sustanciales de solemnidad y demás que contenga. Por tanto, á su cumplimiento obligan finalmente sus personas y bienes, muebles, raines, derechos presentes y futuros, &c. (En seguida las cláusulas generales).

Esta escritura se puede presentar al juez de la testamentaria para que la apruebe, aunque no es necesaria su aprobacion, por ser mayores de veinticinco años los herederos, y poder obligarse como quieran; pero si todos ó algunos de ellos fueren menores, se ha de impetrar licencia del juez para otorgarla, con intervencion de su curador de bienes ó de pleitos, que deben concurrir al otorgamiento y de que le ha de proveer no teniendo edad para nombrarle, pues si la tiene ha de obligársele á que le nombre, y no queriendo hacerlo, se nombrará de oficio por su contumacia. Además, ha de preceder informacion de si es ó no útil al menor, y despues de otorgada con las cláusulas y renunciaciones correspondientes á los contratos de menores, y esplicadas en el cap. 3, tit. 10, núm. 10, se le presentará para su aprobacion: la cual ha de practicarse tambien siendo algun heredero loco ó fátuo. En la escritura se han de relacionar y unir á su protocolo los autos originales que se hicieron al caso, insertándose tambien el de su aprobacion con el pedimento que se pretenda en cada una de las hijuelas, á menos que el testador deje hecha la particion sin perjuicio de las legítimas de sus herederos ó que depute persona de su confianza para hacerla sin intervencion de juez en la forma arriba espresada.

Si hubiere habido pleito sobre los derechos de alguno de los interesados, y antes de concluirse se transigiere acerca de ellos, se hará relacion de él y del convenio poniéndose las cláusulas relativas á la estabilidad de las transacciones, de que se tratará en su lugar. Si no hay bienes raices ni otros productivos, ó aunque los haya, si los interesados mayores estipulan que no han de quedar obligados al saneamiento de los que salgan fallidos ó se les quiten en juicio, sino que al contrario han de ser de cuenta y riesgo del despojado su pérdida y menoscabo, sin poder repetir por su importe contra los coherederos se espresará así, omitiendo la cláusula que trata de él. Y si una finca raíz ó redituable se divide entre dos ó mas, como en este caso, cada uno debe tener título de la parte que le cupo en ella, se espresará en la escritura; pues se han de entregar copias testimoniadas de dicho título, en las que, y en este se pondrán las notas competentes que contengan sustancialmente una misma cosa, quedándose el título original en poder del que lleve la mayor parte ó sea mayor en edad, el cual se ha de obligar á manifestárselo, y permitirles saquen á su costa copias de él con inclusion de la nota, que se les ponga, siempre que se les pierdan ó rompan las que se les entreguen, como lo mandan las leyes 7 y 8, tit. 15, part. 6.

Escritura de particion.

En tal ciudad, á tantos de tal mes y año *ante mí* el escribano de su número y testigos Pedro y Antonio Lopez vecinos de tal villa, y hermanos enteros de D. Francisco Lopez, di-

funto, que lo fué de éste, y Lorenzo Fernandez, de la propia vecindad, sobrino de éste y de aquellos, é hijo legítimo y único de Juan Fernandez y de María Lopez su muger tambien difunta, y ésta hermana igualmente entera de los tres; y todos los otorgantes mayores de veinticinco años, dijeron: Que el espresado Francisco Lopez, hallándose viudo falleció en tal dia de tal mes y año sin haber hecho disposicion testamentaria ni dejado posteridad legitima, por cuyo motivo el Sr. D. F., juez de primera instancia de esta ciudad, previno su abintestato, hizo recoger y custodiar los bienes con toda seguridad, mandó llamar por edictos que se fijaron en ella y en la de los otorgantes, á todos los que pretendiesen tener derecho á ellos por razon de parentesco, y solicitar á éstos por medio de su despacho emplazatorio, como se les citó en persona: y en consecuencia acudieron á su juzgado por mi oficio, en donde pende el abintestato, á legitimar su inmediato parentesco con el difunto, y solicitaron los declarase por sus únicos y legítimos herederos, como hermanos y sobrinos enteros suyos, por no haber otros parientes en igual grado de consanguinidad, presentando á este fin los documentos justificativos que lo acreditaban y aceptando su herencia con beneficio de inventario. En vista pues de los documentos é informacion que produjeron, de que en el término prefijado en los edictos no compareció nadie pretendiendo derechos á su herencia, y de ser pasado el legal y mucho mas, defirió su solicitud ante mí en tal dia, declarándolos por únicos herederos abintestato con igualdad del mencionado Francisco Lopez, como tales hermanos y sobrinos carnales suyos, habiendo por admitida su herencia con dicho beneficio, mandando se les entregasen sus bienes bajo la obligacion de satisfacer su funeral, y de hacer con la mayor prontitud por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, de que inmediatamente deberian darle cuenta con justificacion; y dando por libre á F., depositario de ellos, hecha su entrega del depósito que habia constituido y de la responsabilidad á que estaba obligado en virtud de esta declaracion y entrega, hicieron inventario solemne y formal con la correspondiente exactitud de cuantos bienes y créditos en pró y en contra se hallaron, los que por evitar dilaciones y mayores gastos resolvieron dividir amigablemente por este instrumento; en cuya atencion para que tenga efecto su convenio en la forma que mas haya lugar en derecho, otorgan, que dividen entre sí todos los bienes y efectos inventariados por fallecimiento del espresado Francisco Lopez, con arreglo á lo que por derecho y por la declaracion del auto referido les corresponde, en los términos y con las suposiciones siguiente. (Aquí se pondrán las suposiciones, cuerpo del caudal, deducciones, liquidaciones y adjudicaciones, por el orden y método que en los dos ejemplos de particiones judiciales, y concluido todo proseguirá lo dispositivo en la escritura).

Y mediante haber examinado muy por estenso los otorgantes antes de ahora esta escritura, y visto que la particion que incluye está conforme á su convenio y á los derechos que le competen, sin contener ningun agravio en la cuota ni calidad de los bienes distribuidos ni tampoco error de cálculo ni otro; la aprueban, dan por hecha bien y fielmente, y con la legalidad que se requiere; y de los aplicados á cada uno de los tres se dan por satisfechos y entregados á su voluntad; y aunque su entrega ha sido real y verdadera, como lo confiesan, por no parecer de presente, renuncian la aceptacion &c. (Proseguirá como la anterior).

Aunque esta escritura es diferente en la introduccion de la que precede, no se distingue en lo sustancial para su firmeza, y así proseguirá como aquella, haciendo las declaraciones y obligaciones que corresponden y pacten los interesados, y quitando, mudando ó añadiendo lo conveniente y preciso, segun lo que ocurra. Si el depositario de los bienes los tiene en su poder por convenio de los interesados hasta que se evacue la particion, han de otorgar éstos en ella carta de pago á favor suyo dándole por libre de su responsabilidad y depósito.

El papel que debe usarse en esta clase de operaciones debe ser sellado con arreglo á la última ley de la materia, la que se transcribirá en el tercer tomo en su lugar correspondiente.

FORMULARIO

CORRESPONDIENTE AL TÍTULO 26 DE LA COMPRA Y VENTA.

- | | |
|---|---|
| 1. <i>Escritura de venta de una casa.</i> | 15. <i>Testimonio para el pago de alcabala de una finca vendida.</i> |
| 2. <i>Cláusula de venta á tasacion.</i> | 16. <i>Demanda de compra.</i> |
| 3. <i>Promesa de vender.</i> | 17. <i>Demanda de venta.</i> |
| 4. <i>Escritura de venta de lana.</i> | 18. <i>Pedimento de nulidad de venta por lesion enormísima.</i> |
| 5. <i>Idem de venta de derechos.</i> | 19. <i>Idem por lesion enorme.</i> |
| 6. <i>Idem de venta de censo.</i> | 20. <i>Pedimento solicitando alguno que otro salga á la eviccion.</i> |
| 7. <i>Idem de venta de juro.</i> | 21. <i>Demanda de eviccion.</i> |
| 8. <i>Idem de venta de un oficio renunciabile de escribano.</i> | 22. <i>Pedimento de un tutor solicitando licencia para vender una finca de su menor.</i> |
| 9. <i>Idem de venta de bestia.</i> | 23. <i>Demanda de nulidad de la venta que hizo un curador de una heredad de su menor.</i> |
| 10. <i>Idem de venta judicial.</i> | |
| 11. <i>Idem de retroventa.</i> | |
| 12. <i>Posesion judicial.</i> | |
| 13. <i>Acto para dar la posesion judicial.</i> | |
| 14. <i>Posesion judicial de una cosa.</i> | |

1. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, N. de F., vecino de ella, dijo: Que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, de quien de ellos hubiese título, voz y causa en cualquier manera, vende y dá en venta real y enagenacion perpétua por juro de heredad para siempre á S. T., vecino tambien de la misma villa, y á los suyos, una casa, sita en ella y calle de tal, que le pertenece en posesion y propiedad, y se compone de cuarto bajo, principal, y segundo: tiene tantos piés de fachada y tantos de fondo, con lo que toca de medianerías, que multiplicados estos números, componen tantos de área plana linda por la mano derecha entrando en ella con una de P. R.; por la izquierda con otra del otorgante: por la espalda con la de M.; y por la fachada con dicha calle, y en lo antiguo fué de F., quien por escritura que otorgó en esta villa, á tantos de tal mes y año, ante N., escribano de su número, la vendió á N., (aquí se relacionarán, si se quisiere, los títulos de pertenencia, y luego proseguirá), por cuyos títulos corresponden en posesion y propiedad al otorgante, el cual declara y asegura no tenerla vendida, enagenada ni empeñada, y que está libre de tributo, memoria, capellanía, vínculo, patronato, ú otro gravámen real, perpétuo, temporal, especial, general, tácito y espreso. Como tal se la vende, con todas las entradas, salidas, fábricas, centro, vuelo, usos, costumbres, regalías, servidumbre y demás cosas anexas que ha tenido, tiene y le pertenecen, segun derecho, por tantos mil pesos que le entrega en este acto, en tales monedas (se espresarán las que sean) las cuales contadas, los importaron: de cuya entrega y recibo doy fé, por haberse hecho á mi presencia, y de los testigos que se nombrarán; y como pagado y satisfechos de ellos á su voluntad, formaliza á favor del comprador la mas firme y eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca. (Si el dinero no pareciere de presente por haberse entregado antes, confesará el vendedor haberlo recibido y renunciará la ley 9 del tít. 1, part. 5). Y así mismo declarará que el justo precio y verdadero de la referida casa son los tantos mil pesos, y que no vale mas, ni halló quien tanto le haya dado por ella; y si mas vale ó valer puede, del exceso en poca ó mucha suma hace á favor del comprador y de sus herederos; y sucesores, gracia y donacion pura, perpétua é irrevocable en su sanidad con su insinuacion y demás firmezas legales, y renuncia la ley 2, tít. 1, lib. 10, N. R., que trata de los contratos de

venta, permuta y de otros en que hay lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que refiere para pedir su rescion ó suplemento á su justo valor, los que dá por pasados como si efectivamente lo estuvieran. Y desde hoy en adelante para siempre se desahogada, desiste y aparta, y á sus herederos y sucesores, del dominio ó propiedad, posesion, título, voz, recurso y cualquier derecho que le compete á la enunciada casa, le cede, renuncia, tras-pasa con las acciones reales y personales, útiles, mistas, directas y ejecutivas en el comprador, y en quien el suyo represente para que la posea, goce, cambie, enajene, use y disponga de ella á su eleccion como de cosa suya adquirida con el legitimo y justo título. Y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye procurador actor en propia causa, y para que de su autoridad ó judicialmente entre y se apodere de la citada casa, y de ella tome la real tenencia y posesion que por derecho le compete; y para que no necesite tomarla, me pide que le dé cópia autorizada de esta escritura, con la cual sin otro acto de aprehension, ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferidosele, y en el interin se constituye su inquilino y precario poseedor en legal forma. Se obliga además á que dicha casa será cierta, segura y efectiva al comprador, y nadie le inquietará ni moverá pleito sobre su propiedad, posesion, goce, y disfrute, ni contra ella aparecerá gravamen alguno, y si así no se verificase, luego que el otorgante y sus herederos y sucesores sean requeridos conforme á derecho saldrán á su defensa y lo seguirán á sus espensas en todas instancias y tribunales, hasta ejecutoriarlo y dejar al comprador y á los suyos en su libre uso y quieta y pacifica posesion; y no pudiendo conseguirlo, le darán otra igual en valor de fábrica, sitio, renta y comodidades, y en su defecto le restituirán la cantidad que ha desembolsado, las mejoras útiles, las precisas y las voluntarias que á la sazón tenga, el mayor valor ó estimacion que con el tiempo adquiera, y todas las costas, gastos, daños, intereses y menoscabos que se le siguieren ó causaren: por todo lo cual se les ha de poder ejecutar solo en virtud de esta escritura y juramento del que la posea ó de quien le represente, en quien defiere su importe, y le releva de otra prueba; y á la observancia de todo lo referido obliga supersona y bienes, &c. (Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, sumision y renunciacion de leyes como en otra cualquiera escritura de obligacion de que se ha hablado en su respectivo lugar): y si el comprador quiere, puede hacer igual donacion del menos valor de la finca á favor del vendedor, junta con la que éste le hace del mayor, y renuncian la ley 2, tit. 1, lib. 10 N. R. con lo cual ninguno podrá reclamar la venta. (La ley 56. tit. 18, par. 3, trae estendida esta escritura).

NOTA 1.ª —Se ha de suponer que la escritura anterior es de venta llana otorgada por persona mayor de veinticinco años, y que la finca está libre de todo gravámen; pero si tuviere alguno, deberá espresarse y añadirse en la escritura la cláusula que no tiene mas; y en este caso se pondrá la aceptacion, en la cual se obligará al comprador á su responsabilidad, y á dejar libre é indemne de él al vendedor, y á sus herederos y bienes; reconocerá por dueño del gravámen al que lo sea; hipotecará á su seguridad la misma finca; y si quisiere le hará igual gracia y donacion del menos valor: renunciará la ley del ordenamiento; y ambos firmarán la escritura; bien que aunque no lleve aceptacion del comprador, por el hecho de usar éste de la finca, es visto obligarse á responder de las cargas á que esté afecta, porque la obligacion sigue la hipoteca. Se ha puesto en la escritura la cláusula: *y demás cosas anejas que ha tenido, tiene y le pertenecen segun derecho*, porque en las fincas que se venden suele haber unas cosas que deben ir y se entienden vendidas con ellas, aunque no se especifiquen, y otras que es menester especificarse, aun cuando estén en las mismas fincas, de lo cual tratan las leyes 28, 29, 30 y 31, tit. 5, p. 5, y poniéndolas se evitan los pleitos y dudas.

NOTA 2.ª —Si el comprador y el vendedor hubieren pactado, que ni éste ni sus herederos queden obligados ni puedan ser compelidos á restituir á aquel las mejoras ó reparos necesarios y voluntarios, no lo pondrá el escribano, ni tampoco aunque no lo pacten, sin que preceda consentimiento del vendedor; porque es acto voluntario en él, el obligarse ó no á ello, y no cláusula precisa ni sustancial de la venta. Por lo mismo no se le debe obligar sin su espreso

permiso; pero de los reparos útiles pueden poner la obligacion porque ninguno debe lucrarse con detrimento de otro, tambien la de costas, daños, intereses ó menoscabo, porque á éstos queda obligado por la naturaleza del contrato, á menos que el comprador se los remita y done espresamente. Si la casa estuviere en la capital y se dejase con algun gravámen, se prevendrá en la escritura que se tome la razon de ella en el oficio de hipotecas con arreglo al real decreto y cap. 16 de las ordenanzas de 22 de Octubre de 1649, y lo mismo advertirá en otra cualquiera de enagenacion, donacion ó cesion, observando bajo la pena que se le impone lo mandado en dicho capítulo, que á la letra dice así: „Todos los escribanos ante quienes se otorguen escrituras de enagenacion de casas por cualquiera causa, de venta, cesion ú otra alguna, antes de entregar la primera copia á la parte ó partes, la han de traer á dicha oficina para que se reconozca si se espresa la causa legítima que consta en los libros debe pagarse, tome la razon, y se note en la escritura lo conveniente. Hecho esto la recojerá el escribano, y copiará en el registro que queda en su poder la nota que haya puesto; lo que ejecutarán pena de suspension de oficio por seis años, y de cincuenta ducados aplicados por mitad á penas de cámara y gastos de justicia; y para que lo cumplan se les notificará y archivará esta diligencia para que conste.” Las ventas de tierras, viñas, olivares, dehesas y montes, deben tener las mismas cláusulas, observándose lo que se ha explicado anteriormente.

2. Cuando se celebra la venta, dejando el valor de la finca en manos y arbitrio de peritos, se ordenará la cláusula en la forma siguiente: „Cuya casa le vende por el precio en que bajo juramento la avalúen dos peritos, á cuyo fin nombra por su parte á F. arquitecto de esta ciudad, el cual, y el que elija el comprador en la aceptacion de esta escritura, han de medir y apreciar la citada casa, haciéndoles saber por mí el nombramiento; y no conformándose ambos ha de elegir la justicia de esta villa un tercero para el propio efecto, y pagar incontinenti el comprador al otorgante la cantidad en que los dos la tasen, y no haciéndolo, será apremiado á su solucion, y á las de las costas y daños que por su morosidad se le ocasionen en su exaccion con solo el juramento ó el de quien lo represente; y ninguno de los dos ha de poder reclamar la valuacion, pretender baja, aumento ni moderacion de ella, ni alegar lesion en poca ni en mucha suma, pues si la hubiere, por lo que al otorgante toca, hace al comprador gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable, con insinuacion y demás firmezas legales de lo que importe, y renuncia la recopilada &c.” Así continuará como la anterior, y en la aceptacion nombrará el comprador al perito que quiera, se obligará á estar y pasar por la tasacion que los dos hagan, ó el uno de ellos junto con el tercero que elija la justicia en caso de discordia, hará á favor del vendedor igual gracia y donacion del menos valor con la misma renuncia, y si ambos quisieren, se impondrán pena para que se exija al contraventor tantas cuantas veces falte al cumplimiento del contrato, sin que ya la pague, ya se la remita graciosamente, deje de compelérsele á él por todo el rigor del derecho. Luego proseguirá la escritura con las cláusulas generales que se ponen en las demás, y otorgada en estos términos, hará saber el escribano á los peritos el nombramiento, y les recibirá el juramento de que tasarán la cosa por el precio justo, segun su inteligencia, sin causar agravio á los interesados. Despues la valuarán, y hecha la valuacion, que ha de estenderse á continuacion del protocolo de la venta, la participará el escribano á los contrayentes, quienes si se conforman con ella, firmarán la diligencia, y el comprador pagará el importe de la tasacion, poniendo recibo de ello el vendedor en el protocolo ante el escribano, para evitar la carta de pago separada, la cual se prevendrá en la venta; y así evacuado, dará copia de todo al comprador para que le sirva de título de propiedad; y si no se conforman, usarán de su derecho judicialmente, para que se apremie al infractor á pasar por ella y á observar el contrato. Si los peritos estuvieren discordes, presentarán los interesados pedimento al juez ordinario, espresando el contesto de la escritura y la discordia, y pretendiendo que nombre tercero, el cual bajo juramento, teniendo presente las declaraciones de los otros dos, hará la suya, y estando conforme con alguna de ellas, se apremiará á cumplir el contrato al que se resista, verificado que sea, se dará copia de todo lo actuado al com-

prador, como que es parte integral y sustancial de la escritura, y si ambos contrayentes quieren conformarse con un perito, pueden hacerlo.

3. En tal ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos N. y T., vecinos de ella, á quienes doy fé conozco, dijeron: que están convenidos, el primero, en vender al segundo una tierra de pan llevar de tantas fanegas de sembradura en tal parage del término de esta villa, y otorgar á su favor la escritura correspondiente; y el segundo en satisfacer al primero por ella tal día tantos pesos; y para que tenga efecto su convenio en la forma que mas haya lugar en derecho: Otorga y promete al referido N. que venderá para tal día á dicho T. la expresada tierra por tantos pesos, y no á otra persona, aunque le ofrezca mas por ella, y formalizará á su favor la correspondiente escritura con las cláusulas conformes á la naturaleza del contrato de venta, á cuyo fin recibe de él á presencia mia en señal de arras tantos pesos en tantas monedas de que otorga á favor suyo el resguardo conducente; y en su consecuencia ofrece así mismo no apartarse del pacto convenido, y si lo hiciere á devolverle los tantos pesos que acaba de tomar, y pagarle en pena otros tantos con las costas y daños que se le sigan de su contravencion; pero si en el mencionado dia no hubiese cumplido con la entera satisfaccion del precio en que ajustaron dicha tierra, no quedará de ningun modo obligado á celebrar la venta ni á restituir la señal que recibió. Por tanto, el espresado T. que se halla presente, dijo: que acepta en todo y por todo la referida promesa obligándose á pagar á N. en el dia prefijado tantos pesos que faltan para el complemento del precio total en que está ajustada la espresada tierra en buena moneda de plata ú oro usual y corriente, pena de perder la arra que le ha entregado, y de resarcirle los daños y menoscabos que se le causen; y ambos contrayentes dan por celebrada perfectamente la venta, y renuncian la ley 6, tit. 5, p. 5 y demás, en las cuales se previene, que resistiéndose los contratantes á otorgarla, pueden arrepentirse, é igualmente la ley 2, tit. 1, lib. 10, N. R., y los cuatro años que prefine para rescindir el contrato, ó pedir el suplemento á su justo valor, mediante á no haber lesion en el precio en que le ajustaron; y si alguna hay, de la que sea, en poca ó en mucha cantidad, se hacen mútua gracia y donacion perfecta é irrevocable con las firmezas convenientes; renuncian así mismo todas las leyes, fueros y privilegios que les favorezcan, y así lo otorgan y firman, siendo testigos F. F. y J., vecinos de esta villa. (Con arreglo á esta promesa podrá el escribano estender otras, teniendo presentes la naturaleza y cláusulas del contrato que se promete celebrar):

4. En tal parte, tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos N. de T. vecino de ella, otorga que por sí y á nombre de sus herederos vende á M. que lo es de tal villa tantas arrobas de lana merina (ó como fuere), procedida de la pila de su cabafia lanar, fina, traslucicante y esquilmo ó corte que ha de hacer en el mes de Mayo próximo venidero, en tal parage y en dia claro, sol alto, corral barrido, limpio y seco, y no regada, cuya lana ha de ser blanca, buena, lavada (ó sucia enteramente según se pactare), á recibo usual, consideradas tres arrobas de afinos por dos de lana segun costumbre, y pesada arroba por arroba en marco de teja como lo previene la ley recopilada (ó con las caidas, pelados, afinos y rofia, segun pacten los contrayentes), y se la vende por tal cantidad cada arroba de que recibe en este acto por parte de paga tanto en tales monedas que contadas importaron, de cuya entrega doy fé, por haber sido á mi presencia y de los testigos que se nombrarán, y de ellos otorga á su favor la mas eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca. Declara además que el justo precio de las tantas arrobas de lana son los tantos pesos al respecto de tanto cada una, y que no valen mas ni halló quien tanto le haya dado por ella, y si mas valen ó valer pueden, ahora ó cuando se haga el corte de mayor valor en mucha ó poca suma, hace á favor del comprador gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad, con insinuacion y demás estabilidades conducentes, renunciando la ley 2, tit. 1, lib. 10, N. R., que trata de lo que se compra ó vende por mas ó menos de la mitad del justo precio, y el término que prescribe para rescindir el contrato, ó pedir suplemento á su justo valor el que da por pasado como si lo estuviera. Y desde hoy en adelante para siempre devista y se aparta del derecho que á las tantas arrobas de lana tiene y podia pre-

tender: lo cede, renuncia y traspasa enteramente en el comprador á quien confiere amplio poder con libre, franca y general administracion para que acuda ó envíe persona de su satisfaccion á tal parte en donde se la ha de entregar á escogerla, y deshechar todo lo que no fuere de legítimo recibo segun queda pactado, para lo cual se obliga á avisarle ocho dias antes á tenérsela entregada en tantos de dicho mes y año, y si el tiempo lo permitiere, y á no venderla, darla ni enagenarla total ni parcialmente á otro por mas ni por el tanto que le ofrezca por ella; y si lo hiciere confiere igualmente la facultad al comprador para comprarla tan buena en donde y quien quisiere por el precio en que la ajustare; pues el otorgante se obliga á devolverle lo que le dió en cuenta, y satisfacerle por entero lo que mas le cueste sin descuento; á lo que quiere se le apremie por todo rigor legal, como así mismo á la solucion de todas las costas y daños que se le causan, cuyo importe defiere en su relacion jurada y testimonio de la tal compra, sin que sea necesaria otra justificacion pues le releva de ella en forma. Para su seguridad hipoteca especial y espresamente la referida cabafia con lo que tuviere de aumento entonces, y se impone la pena de tantos pesos en que se da por condenado irremisiblemente, para que á falta de puntual cumplimiento en todo ó en parte á lo estipulado en esta escritura, se le exija á mas de lo espresado, entregándose al comprador, y ya sea que se pague ó no, ó graciosamente se remita, se lleve á debido efecto este contrato, y sea compelido á su puntual observancia. El citado comprador que está presente, enterado de lo que queda referido, dijo que acepta esta venta en todo y por todo, y en su consecuencia se obliga al pago de los tantos pesos que restan para el completo de la tal cantidad, total importe de dichas tantas arrobas de lana, en el mismo dia y acto que se las acabe de entregar en buena moneda de plata ú oro, pena de perder los tantos pesos que dió en cuenta y parte de pago, á lo que quiere ser compelido en la propia conformidad que el vendedor. Por último declara que no vale menos cada arroba; y en caso de que al tiempo del corte tenga menos valor del que se ha dicho, hace á favor del vendedor igual gracia, cesion y donacion que la que éste le deja hecha del mayor, para que este contrato sea igual á entrambos, con renuncia de la misma ley recopilada y término que prescribe, y se obliga á no reclamarlo; y para ello dan poder á los señores jueces, &c.

5. Sépase por esta pública escritura como yo N. de mi buen grado y cierta ciencia, vendo y traspaso á M., vecino de T., presente y aceptante para sí y los suyos, los derechos que tengo y me competen para recibir de F. y P. administradores de tal administracion en que los instituyó J. la suma de tantos pesos, moneda corriente por otros tantos que éste en su testamento ante D. escribano con tal fecha &c. para en el caso de su matrimonio legó á B. soltera, la que por razon de nuestro futuro enlace me constituyó los derechos para la percepcion referida, mediante escritura nupcial ante el escribano, á tantos &c; cuya venta firmó por el justo precio de tantos pesos, moneda corriente; lo que confieso haber recibido dicho J. real y efectivamente en moneda de plata de buena calidad, contados en mi presencia y en la de los testigos, de que doy fé y otorgo de dicha cuantía carta de pago en forma. Y en razon de lo susodicho constituyo al dicho M. en mi lugar, representacion y veces, cediéndole todas las acciones que por dicha causa puedan pertenecerme; queriendo que esta escritura se haga notoria á dichos administradores para que cumplan y paguen con la propia justificacion que á mi persona misma. Protesto que no he de cumplir ni quedo obligado á la eviccion ni saneamiento en orden á lo referido, sino en el caso de causa y hecho propio; y siendo requerido entonces tomaré la defensa á costa y diligencia mia; y no pudiendo sanear al acreedor le pagaré llanamente la dicha cantidad, ó lo que de ella hubiere dejado de percibir, con mas las costas ocasionadas y que se ocasionen, y para su cumplimiento obligo mi persona y bienes habidos y por haber, y doy poder á las justicias &c.

6. En tal parte á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos N. de J. vecino de ella, dijo que por sí y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien de ellos hubiere título, voz y causa en cualquiera manera vende y da en venta real y enagenacion perpétua, para siempre jamás á B. C. vecino de tal lugar, y á los suyos, tantos mil pesos de prin-

cipal de censo al quitar con réditos de tres por ciento al año, que le pertenecen segun consta de la escritura que otorgó á su favor F. en tal parte, tal dia, mes y año, ante tal escribano, hipotecando especialmente á su responsabilidad tales bienes con obligacion de pagarle tanto de réditos anuales á dicho respecto y á tales plazos: cuyo censo está libre de todo gravámen especial, general, tácito y espreso, y se lo vende por tantos pesos que importa su capital, y recibe de su mano en este acto en tales monedas á mi presencia, de que doy fé. Como pagado y satisfecho real y efectivamente de ellos, formaliza á su favor la mas eficaz carta de pago, y resguardo que á su seguridad conduzca y se obliga á no volverlos á pedir, ni otra persona en su nombre, pena de restituirlos con mas las costas, y en su consecuencia se desiste y aparta, y á sus herederos y sucesores, de la propiedad, porcion y cualquiera derecho que á dicho censo le corresponde, y se le debe, lo renuncia y traspasa con las acciones reales, personales, útiles, mistas, directas y ejecutivas en el comprador, á quien confiere poder irrevocable, con libre, franca y general administracion, para que de su autoridad ó judicialmente tome y aprehenda de él la real tenencia y posesion, perciba y cobre íntegramente desde hoy sus réditos á los plazos estipulados en la escritura primordial de su creacion; hasta que se quite y libere, y entonces de su capital y de todo otorgue las cartas de pago, finiquito, redencion y liberacion correspondiente; y para que no necesite tomar la posesion, le entrega por título de pertenencia la mencionada escritura á mi presencia, de que doy fé: formaliza á su favor ésta de la cual me pide le dé copia autorizada, y con ambas, sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferidole, y en el interin se constituye su inquilino, tenedor y precario poseedor. Así mismo le confiere igual poder para que apremie al censuario actual y á los poseedores que fueren de las hipotecas de este censo, y á cada uno en particular, por el todo, á que le reconozcan por dueño y señor de él, y como tal le paguen desde hoy sus réditos, y no al otorgante; el cual consiente se les requiera que lo cumplan, y subroga al comprador y á quien le represente en su propio lugar, grado, derecho y prelacion, con absoluta cesion de acciones en forma, sin que á él le quede la mas leve. Y se obliga á la eviccion y saneamiento del enunciado censo y á que será cierto y efectivo su capital, se le pagarán los réditos á los precios pactados en la escritura primitiva de su creacion, y sobre su propiedad y goce no se le moverá pleito ni pondrá impedimento, y si se le moviere ó pusiere, saldrá á su defensa luego que sea requerido conforme á derecho, y lo seguirá á sus espensas en todas instancias hasta ejecutoriarlo, y dejarles en quieta y pacífica posesion de él, y segura cobranza de sus réditos; y no pudiendo conseguirlo le dará el capital que haya desembolsado y réditos que á la sazón se le deban, con mas todas las costas, gastos, perjuicios y menoscabos que se le causen, deferida su liquidacion en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, sin que se necesite de otra prueba pues de ella lo releva en forma. Quiere además y consiente que esta escritura se note y tome razon en el protocolo de la censual, en los títulos de pertenencia de sus hipotecas, en la contaduría de éstas en el término legal, bajo la pena impuesta, y en las demás partes que convengan, para los efectos que haya lugar, y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes, &c.

7. En tal villa, á tantos de tal mes y año ante mí el escribano y testigos D. N., vecino de ella, dijo: que le pertenece en posesion y propiedad un juro de tantos pesos de principal, y tantos de renta anual, situado en tal parte, en cabeza de F., á cuyo favor el señor rey Don Felipe IV espidió privilegio en el real sitio de tal, á tantos de tal mes y año, firmado de su real mano, y refrendado de D. F., su secretario, de que se tomó la razon en tales oficinas; que tiene tratado venderlo á B. C. vecino de tal lugar, y para ello impetró la licencia respectiva, que me entrega original para documentar esta escritura é insertarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente: (Aquí la licencia). Y usando de la preinserta licencia (que concuerda con la que está en el protocolo de esta escritura de que doy fé), en la mejor forma de que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, otorga: que por sí en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quien de ellos hubiere título, voz y causa en cualquier manera, vende y dá en venta real y enagenacion perpétua al referido B. C., y á los su-

yos, tantos pesos de renta anual, y tantos de capital del espresado juro, el cual está libre de todo gravámen como lo asegura; y se lo vende por tantos pesos los mismos que importa su capital. (Aquí se pondrá la fê de entrega ó renunciacion de sus leyes, y luego proseguirá de esta suerte). Y se desapodera, desiste y aparta de la propiedad, posesion, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que al citado juro le corresponde, y lo cede, renuncia y traspasa con las acciones reales, personales, útiles, mistas, directas y ejecutivas en el mencionado B. C., á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, para que tome y aprehenda judicial ó estrajudicialmente su posesion, y lo goce, posea, cambie, enagene, use y disponga de él á su eleccion, como de cosa suya adquirida con justo título; y para que no necesite tomarla, le entrega á mi presencia, de que igualmente doy fê, el privilegio original con todos los instrumentos que acreditan su pertenencia, de los cuales se omite la relacion por evitar prolijidad; y formaliza á su favor esta escritura, con la cual sin mas acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado y trasferidosele, y en el interin se constituye su tenedor y precario poseedor, y le confiere igual poder para que acuda á las espresadas oficinas y presente en ellas dicho privilegio con la copia original de esta escritura á fin de que se tilde y borre el nombre del otorgante, de todos los libros en que está sentado, y tome la razon, se sienta y ponga en su lugar el suyo como legítimo y verdadero dueño, y desde hoy acudan con la renta que debe pagarse anualmente, la que perciba íntegra, y llegado el caso de su redencion, los tantos pesos de su capital sin disminucion; y se obliga á su eviccion, seguridad y saneamiento &c. (Proseguirá la cláusula de eviccion, como en la venta de censo, excepto lo que habla de notas, que se ha de omitir; y luego se pondrá la obligacion general, aceptacion y renunciacion, como en las escrituras precedentes). Si se quisiere hacer relacion de los títulos de pertenencia del juro, se pondrá en el lugar correspondiente, con arreglo á la escritura de venta. Las de venta de efectos de villa requieren las mismas cláusulas que las de juros, pero no es necesaria la licencia que en la de éstos, y en cuanto á su relacion é introduccion los mismos títulos servirán de norte y regla al escribano para hacerla.

8. En tal parte, tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos N. de F., vecino de ella, dijo: que vende y da en venta real y enagenacion perpétua, por juro de heredad, á B. C. de la propia vecindad, el oficio de escribano público de tal ciudad, que le pertenece en posesion y propiedad, con todos sus protocolos de escrituras públicas, pleitos civiles y criminales, y demás papeles concernientes, por libre y de todo gravámen, por tantos mil pesos que le entrega en este acto, en tales monedas, á mi presencia y de los testigos infrascritos, de que doy fê. Como pagado y satisfecho real y efectivamente de ellos, formaliza á favor del comprador la mas eficaz carta de pago que á su resguardo y seguridad conduzca: y declara que los tantos mil pesos son el justo valor del referido oficio, y que no vale mas, ni halló quien tanto le diese por él, y si mas vale ó valer puede, del exceso en poca ó mucha suma hace á favor del comprador gracia y donacion inter vivos, pura, perfecta, é irrevocable, con insinuacion y demás firmezas legales, y renuncia la ley 2, tit. 1, lib. 10, Nov. Rec. que trata de lo que se compra, vende ó permuta por mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que prefija para rescindir el contrato, ó pedir suplemento á su verdadero valor, los que da por pasados como si lo estuvieran. Y desde hoy para siempre se desiste y aparta, y á sus herederos y sucesores, de la propiedad, sucesion, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que le pertenece al mencionado oficio y todo lo cede, renuncia y traspasa en el comprador, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, para que de su autoridad, judicialmente, tome la posesion del citado oficio, que en virtud de esta escritura le corresponde; y para que no necesite tomarla judicialmente, formaliza á su favor este instrumento del que me pide le dé copia autorizada, con la cual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferidosele, y entre tanto se constituye su inquilino tenedor y precario poseedor en legal forma. Y por cuanto el espresado oficio tiene la calidad precisa de renunciarse para que al comprador se le libre el título competente se obliga á renunciarlo siempre que lo pretenda,

previniendo que si despues de renunciado no viviere los veinte dias que prescribe la ley 4, tit. 8, lib. 7, Nov. Rec., y por esta causa se perdiera ó cayera en el fisco; ha de ser por su cuenta y riesgo, y no del comprador, el cual quiere el otorgante pueda compelerle por todo rigor legal á la restitution de tantos pesos que por él desembolsó y de las costas y perjuicios, que bajo el juramento que le defiende declara haberle causado; y para evitar el daño que debe ocasionarle el defecto de renuncia, sin perjuicio de constituirla separada, como corresponde, lo hace desde ahora con todas las cláusulas y estabilidades que exige el derecho para su validacion, y quiere que la tenga y se estime como hecha con ellas sin reservacion; pero si viviere los veinte dias, y no la presentare al gobierno ó no quiere tomar la posesion del oficio, ó no sacar el título y aprobacion dentro del término prevenido por las leyes, ó por otro motivo que no dependa del otorgante, cayere en comiso; ha de ser de cuenta del comprador, y no poder reclamar contra el vendedor ni sus herederos en tiempo alguno; y si lo hiciere no sea admitido en juicio ni fuera de él. Y en los términos propuestos se obliga á su eviccion, seguridad &c. (Proseguirá como la escritura de venta). Se previene que si el oficio no tiene la calidad de renunciarse, deben omitirse las cláusulas de renuncia, y entonces será una venta llana. Si el oficio fuere de otra clase, no se ha de hablar de protocolos ni papeles y solo sí de lo concerniente á él, de lo que instruirán al escribano sus títulos que deberá tener presentes para la formacion de la escritura.

9. En tal parte, tal dia, mes y año, ante mí el escribano y testigos N. de T. vecina de ella, dijo: que vende á B. C., que lo es de tal lugar, un caballo suyo propio, de tal edad, altura y color (se espresarán las demás señas que tenga), ensillado y enfrenado, (ó sin freno ni silla, segun se pactare), sin tacha ni vicio que impidan servirse de él, por tantos pesos. (Aquí se pondrá la fé de entrega y renunciacion de sus leyes). Y declara que los tantos pesos son el justo y verdadero valor del referido caballo, y que no vale mas ni halló quien le haya dado tanto por él, y si mas valiere del exceso en poca ó mucha suma, hace favor al comprador, gracia y donacion en sanidad, pura, perfecta é irrevocable con las firmezas necesarias, y renuncia la ley 2, tit. 1, lib. 10, Nov. Rec., y los cuatro años que concede para pedir rescision del contrato, ó que se supla su justo valor, los que da por pasados como si lo estuvieran; y desde hoy en adelante para siempre se desiste y aparta de la propiedad, posesion y otro cualquier derecho que le pertenece á dicho caballo, y lo cede, renuncia y traspasa en el comprador para que lo tenga, use y disponga de él como cosa suya adquirida con legítimo título, á cuyo fin se lo entrega, y me pide que de esta escritura le dé copia autorizada, con la cual y con dicha entrega ha de ser visto habersele trasferido conforme á derecho la posesion del mismo y se obliga á que sobre su propiedad y disfrute no se le moverá pleito, ni descubrirá vicio, tacha ni defecto alguno, si se le moviere ó descubriere &c. (La ley 65, tit. 18, part. 3, trae estendida esta escritura). Si se vende la béstia con todas sus tachas y propiedades malas ó buenas (que llaman á estilo de feria ó mercado) llevará aceptacion la escritura, se obligará el comprador á no intentar contra el vendedor las acciones de rescision de contrato y suplemento de su justo valor y solo se obligará el vendedor á la eviccion de la propiedad, goce y posesion de la béstia, como en otra cualquiera venta llana, previniendo que si el animal que se vende es hembra que está criando ó preñada van vendidos con ella los hijos que cria, no pactándose lo contrario: lo que advertirá el escribano á los contrayentes y espresará en la escritura para evitar disputas.

10. En tal parte, á tantos de tal mes y año, el Sr. D. F. T. juez de primera instancia de este partido, por ante mí el escribano público del número de esta poblacion y competente número de testigos, dijo: que en su juzgado se han seguido autos ejecutivos á instancia de N. de T., vecino de . . . contra S. de T. por cobranza de tanta cantidad de pesos, y habiéndose despachado la ejecucion y embargado una casa (ó los bienes raices que fueren), se siguieron las actuaciones judiciales por todos sus trámites hasta recaer sentencia de remate y seguirse la vía de apremio y no habiendo satisfecho el deudor la espresada suma, fué justipreciada dicha casa y sacada á pública subasta en tal fecha, quedando rematada á favor de A. de T. Consiguieren-

te á ello se intimó al deudor que otorgase la competente escritura de venta; mas no habiéndolo verificado, se proveyó auto en tal fecha, mandando que judicialmente se procediera á su otorgamiento, sacándose testimonio de lo conducente de los autos para documentar esta escritura é insertarlo en sus traslados, el cual se une cosido al principio de ella, y cuando se dé alguna copia se insertará en este lugar; y su tenor es el siguiente: (Aquí el testimonio). En su consecuencia y para que tenga efecto dicho proveido, usando dicho señor juez de la jurisdiccion que ejerce, y de las facultades que le conceden las leyes del pais, en aquella via y forma que mas haya lugar en derecho por la presente otorga en nombre del citado deudor, sus hijos, herederos y sucesores, presentes y futuros que vende al citado rematante la espresada casa que linda. . . . (Aquí los linderos) con todas sus servidumbres y pertenencias, para sí, sus herederos y sucesores, estando libre de todo gravámen, hipoteca y tributo (ó con los que tuvieren) por la cantidad de tantos pesos que tiene entregados en virtud del citado remate, de la cual otorga recibo en toda forma. Y desde la fecha de de esta escritura para siempre desisto y aparta el referido F. y sus herederos y sucesores del derecho, accion y dominio que tenia en dicha finca que adquirió de . . . (Aquí el trato por donde haya pasado el actual poseedor), y los cede y traspasa al citado comprador judicial, con la eviccion, seguridad y saneamiento necesarios, dándole poder cumplido para que judicial ó estrajudicialmente tome posesion de dicha casa. Y dicho señor juez, como vendedor, á nombre del dueño de ella, le obliga, y á sus herederos y sucesores, á la eviccion y saneamiento de la venta, y á que en todo tiempo le será asegurada y no se le pondrá pleito sobre su propiedad ó posesion, y si se le pusiese algun embarazo sobre su disfrute, luego que llegue á noticia del anterior dueño ó sus sucesores, saldrán á la voz y defensa del litigio que le fuere movido, y á su costa le seguirán hasta dejar al comprador y sus sucesores en quieta y pacífica posesion, y en su defecto, le devolverán la cantidad de esta venta con las costas, daños y perjuicios que se le siguen, y el aumento de precio que por el tiempo ó por la industria hubiese recibido la finca. Y estando presente el comprador, á quien doy fé conozco, habiendo oido y entendido lo espuesto, dijo: que acepta esta escritura en su favor como en ella se contiene y recibe comprada dicha casa por el referido precio. Tanto el señor juez en nombre del vendedor, como el comprador en el suyo, confiesan y declaran que el justo precio y valor de la casa es la citada cantidad en que ha sido vendida en pública subasta, y en el caso que valga mas ó menos, sea en poca ó mucha cantidad se hacen gracia y donacion irrevocable é inter vivos, con la insinuacion necesaria, sobre lo cual renuncian la ley del ordenamiento real hecha en las córtes de Alcalá de Henares, la cual trata de las cosas que se compran ó venden por mas ó menos de la mitad del justo precio, y los cuatro años que en dicha ley se señalan para pedir la rescicion ó la reduccion del contrato al justo precio. Y al cumplimiento y firmeza de esta escritura el citado señor juez, obliga los bienes y rentas del mencionado deudor y los de sus hijos, herederos y sucesores, y el comprador los suyos y los de las personas que le sucedan. Así lo otorgaron y firmaron, á quienes yo el escribano doy fé conozco, siendo presentes F. N. y S. de esta vecindad, que concurrieron en clase de testigos.

11. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y los testigos que se mencionarán, pareció F. de T. vecino de ella, y dijo: Que S. de T. vecino de . . . por escritura que otorgó ante mí (ú otro escribano del número) en tal dia, mes y año le vendió una casa de su propiedad, situada en tal parte, con tales linderos, por tanta cantidad, con la especial condicion de poder recuperarla dentro de tal tiempo, cuya facultad se reservó, como resulta de la espresada escritura, y estando para finalizar el espresado término que se fijó para su recuperacion, ha requerido estrajudicialmente (ó judicialmente) al otorgante á que le restituya la espresada finca, pues está pronto á entregarle los tantos pesos que desembolsó por ella, á lo que ha condescendido en virtud de la condicion estipulada en dicha escritura; y cumpliendo con ella en la via y forma que mejor corresponda, otorga que retrovende y restituye al espresado F. la mencionada finca, en la misma forma que el otorgante la compró, con todas las cláusulas de traslacion de pleno dominio que en la escritura se contiene, y por este documento que original con los demás títulos de pertenencia le

entrega, de que yo el escribano doy fé, y por el tiempo que ha poseido dicha finca, hubiere adquirido algun derecho á ella; le cede, trasfiere á favor del citado S. S. T., mediante á recibir de él en este acto la espresada cantidad que el otorgante le dió por ella, en tal clase de monedas (si la entrega hubiese sido anterior al acto del otorgamiento, se pondrá la renuncia de la ley 9, tit. 1, part. 5, como en las demás escrituras); y formaliza á su favor la escritura de retroventa, cesion é íntegra restitucion, con todas las cláusulas por derecho necesarias para su estabilidad y resguardo, sin quedar obligado á su eviccion y saneamiento, en atencion á no haber sufrido menoscabo algunos ni haberle impuesto ningun gravámen mientras ha estado en su poder; y si éste apareciere, quie- re y consiente ser apremiado á indemnizarle y exonerarle de él, y á satisfacerle su importe, y la, costas y perjuicios. El referido S. de T., que está presente acepta esta escritura, se da por en- tregado de la venta y títulos de pertenencia de dicha finca, y confiesa que ésta no tiene desmejo- ra alguna, por haberla hecho reconocer por inteligentes á su satisfaccion, y hallarse en el mismo estado en que estaba cuando la vendió al espresado F. de T.: por lo que le da por libre de toda responsabilidad, se obliga é no reclamar esta escritura, aunque se descubra despues en la finca algun daño de poca ó mucha entidad; y si lo hiciere consiente no ser oido, y que si le compela á su cumplimiento. Y á la observancia de este instrumento ambos otorgantes, á quienes yo el es- cribano doy fé conozco, obligan sus bienes presentes y futuros, y lo firman siendo testigos J. M. y S. todos de esta vecindad.

12. Estando en tal sitio, término y jurisdiccion de esta ciudad, á tantos de tal mes y año N. de T. vecino de ella, á quien pertenecieron las tierras contenidas en la escritura de venta pre- cedente, dió á B. C., vecino de tal parte, á cuyo favor formalizó dicha escritura, la posesion real actual, corporal ó cuasi de tal tierra, en voz y en nombre de todas las demás; y en señal de ver- dadera posesion entró en ella el comprador, paseó por su recinto, é hizo otros actos posesorios sin contradiccion de persona alguna; y de haberla tomado quieta y pacíficamente el comprador, pi- dió testimonio para su resguardo; y el vendedor requirió por ante mí á R. A., colono ó arrenda- tario de todas las tierras que constan vendidas en dicha escritura, y está presente, acudiese con- la renta que hay vencida y se devengase desde el dia tantos de tal mes y año en que se celebró la venta, al comprador y no á otro, y lo reconociese por su dueño propietario de ellas, lo que se obligó á cumplir; y todos lo firmaron á quienes doy fé conozco, siendo testigos &c.—Si la pose- sion fuere de casa dirá, y en señal de verdadera posesion se paseó por sus piezas, abrió y cerró sus puertas y ventanas, quedándose con sus llaves, é hizo otros actos posesorios, &c.; y el reque- rimiento á los inquilinos, si los tuviese entonces, será como el de arriba, y en su defecto se pon- drá en diligencia separada; y si la posesion fuere de una finca sola, se omitirá la espresion en voz y en nombre de todas las demás, que contiene la antecedente.

13. La posesion judicial se da en virtud de auto ó mandamiento del juez, ante quien la par- te legítima, para tomar la presenta ó exhibe los documentos, en cuya virtud y no de otro modo, de- be dársele; y el auto se estiende en estos términos: „Por presentados (ó exhibidos), los documen- „tos que se refieren: por lo que de ellos resulta se da á esta parte, sin perjuicio de tercero de me- „jor derecho, la posesion real, actual, corporal ó cuasi de (aquí se espresará lo que sea) con el go- „ce de sus frutos, regalía y aprovechamiento desde tal dia inclusive (el que sea) siguiente al que „falleció F. (ó en que se celebró la venta de tal casa, ó se la donó, ó lo que fuere), y obligacion „de cumplir sus cargas (si las tuviere; y si no se ha de omitir esta espresion), y en ella se le am- „pare y defienda; requiérase á las personas que deben contribuirle con sus rentas, lo ejecuten, y no „á otra, persona bajo la pena de volverlas á pagar haciendo lo contrario, para lo cual se confiere „comision al ejecutor y escribano de este juzgado. Dénse á esta parte los testimonios que pida „para su resguardo, y devuélvanse los documentos presentados. El Sr. D. F., juez de primera „instancia de esta ciudad de tal, lo mandó á tantos de tal mes y año y firmó: doy fé.

14. En tal ciudad, á tantos de tal mes y año por ante mí el escribano, F., ejecutor de su juzgado, en virtud de la comision que por el auto anterior le está conferida, dió á N. S. vecino de ella, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la posesion actual, corporal ó cuasi en forma, de

tal casa, sita &c. (Aquí espresarán calle y linderos) con el goce de sus alquileres y aprovechamientos desde tal día en que consta habérsela vendido F. por la escritura exhibida; y en señal de verdadera posesion, le entró por la mano en dicha casa, entregó las llaves de sus puertas, las abrió, cerró, se paseó por sus piezas y cuartos, echó fuera á los que estaban en ella é hizo otros, actos posesorios sin la mas leve contradiccion, y en ella le amparó, defendió é impuso la pena que contiene el auto mencionado, á quien se la perturbe sin vencerle primero en juicio; y de haberla tomado quieta y pacíficamente, pidió testimonio para su resguardo; y firma con el citado ejecutor siendo testigos F. F. F., vecinos de esta ciudad, de que doy fé.

NOTA.—En los autos de posesiones judiciales se pone siempre el aditamento: sin perjuicio de tercero de mejor derecho; porque como se dan sin audiencia ni citacion de otro debe el juez dejar á salvo su derecho, porque si el que la toma la pide con instrumentos simulados, ó aunque sean verídicos, hubiere algun otro llamado, que sea preferido por la proximidad de parentesco, ó por otro motivo; lo que no sucede cuando precede conocimiento de causa en juicio contradictorio, como en las tenutas, en las cuales el que no parece dentro de los seis meses primeros siguientes al día de la vacante, solo tiene accion á litigar la propiedad, y aquel á cuyo favor se declaran, hace suyos los frutos vencidos. No se ha puesto pena en la posesion estrajudicial, porque nadie puede imponerla á otro, sino la ley ó el juez, como ministro ejecutor de ella y único que tiene potestad para hacerlo.

15. F. de tal, escribano público del número de esta poblacion, doy fé que en ella, á tantos de tal mes y año, se ha otorgado ante mí una escritura de venta de una casa (ó de la finca que sea) situada en esta villa (ó ciudad) con tales linderos, por M. de F. de la misma vecindad, dueño de ella, á favor de S. de T. vecino de tal parte, en precio de tantos pesos por razon del capital de censo impuesto sobre dicha finca (si en efecto estuviere gravada con esta imposicion) segun aparece de los títulos de pertenencia, habiendo entregado el comprador tanta cantidad líquida, segun aparece de dicha escritura de venta, á que me remito. Y para que pueda pagarse el derecho de alcabala segun corresponde, doy el presente que signo y firmo en tal parte á tantos de tal mes y año. El vendedor satisface la alcabala y recoge la correspondiente carta de pago de la respectiva oficina de rentas, si la hubiere en el pueblo, y si no del que recauda este impuesto; cuyo documento se une al protocolo é inserta en la cópia, ó se pone de él testimonio ó nota en el registro, despues de las firmas de los otorgantes y del escribano, entregándolo al comprador, que es en quien debe obrar en el caso de no unirse al protocolo, para conservarlo con los títulos de propiedad, y poder acreditar en todo tiempo haberse satisfecho dicho derecho. En este último caso el comprador firma el recibo de la carta de pago, para resguardo del escribano. De igual manera debe remitir á la oficina de contribuciones bien un oficio, bien un certificado en los términos anteriores para que en esta oficina se haga el cobro respectivo de las que adeude la finca, y cuyo recibo se protocolizará en iguales términos que el anterior poniéndose cópia de él como del antecedente en la escriiura original que debe darse á las partes.

16. F. en nombre de N. vecino, de &c. de quien presento poder ante vd. como mas haya lugar en derecho pongo demanda á P., de la misma vecindad, y digo que mi poderdante le compró en tal tiempo tales fincas, con tales linderos en tanto precio, del que se dió por entregado, como acredita la escritura que tambien presento: y mediante á que rehusa ahora dejar á mi poderdante libres y desembarazadas aquellas con la entrega de los títulos de su pertenencia (1).

A vd. suplico, que habiendo por presentado los referidos instrumentos y por admitida esta demanda, se sirva condenar al P., á que entregue á mi poderdante las mencionadas fincas con

(1) Debe tenerse presente en éste y en los demás escritos de demanda que siguen, que ésta no puede intentarse sin hacer constar previamente haberse intentado el medio de la conciliacion como se dirá en su lugar: de consiguiente en todos estos escritos se pondrá esta ú otra fórmula equivalente „y no habiendo surtido efecto la conciliacion intentada á vd. suplico &c. &c.” Sobre las demás fórmulas del principio y fin de los escritos nos sometimos á lo que se dirá al hablar de las demandas en el tercer tomo.

sus respectivos títulos y rentas caídas desde el día en que se celebró el contrato. Pido justicia y costas.

AUTO.

Traslado.

17. F. en nombre de N. vecino de este lugar de quien presento poder ante vd. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S. de este mismo vecindario, y digo: Que mi poderdante le vendió en tal día de tal mes y año, tal heredad, sita &c. por tanta cantidad que habia de satisfacer en tal tiempo, como consta de la escritura que tambien presento; pero sin embargo de que mi poderdante le ha entregado aquella, y de haberse pasado el tiempo, no ha tenido efecto lo estipulado. Por tanto:

A vd. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, y admitiendo esta demanda, se sirva condenar al mencionado S. al pago de la mencionada cantidad. Pido justicia y costas.

AUTO.

Traslado.

18. F. en nombre de N., vecino &c. de quien presento poder ante vd. como mas haya lugar en derecho pongo demanda á E. del mismo vecindario, de nulidad del contrato de venta que celebró con mi poderdante, de tal finca, en tanta cantidad, en tal tiempo, y digo: (se refiere el hecho). Por tanto:

A vd. suplico, que habiendo por presentado el poder, y admitiéndome esta demanda, se sirva declarar por nulo el espresado contrato, y en su consecuencia condenar al referido E. á que de la mencionada finca, restituya á mi poderdante el precio en que se hizo su venta. Pido justicia y costas.

AUTO.

Por presentado el poder y admitida esta demanda, traslado.

19. F. en nombre de N., vecino de esta villa de quien presento poder, ante vd. como mas haya lugar en derecho pongo demanda á D. de la misma vecindad, de rescision del contrato de venta que celebró con mi poderdante, de tal heredad, en tal tiempo y en tanta cantidad, y digo: (refiérese el caso). Por tanto:

A vd. suplico, que teniendo por presentado el poder; y admitiéndome esta demanda, se sirva condenar al mencionado D. á que restituya á mi poderdante la espresada cantidad en que por mas de su valor le vendió dicha heredad, ó la consignacion formal de lo que percibió, entregándose en ella. Pido justicia y costas.

AUTO.

Traslado.

20. F., en nombre de N., vecino de... de quien presento poder, ante vd. como mas haya lugar en derecho, digo: que S. de este mismo vecindario, vendió á mi poderdante tal caserío en tanto, obligándose á su eviccion y saneamiento, segun acredita la escritura que tambien presento: mediante lo cual, y de que en el día de hoy se ha hecho saber á mi poderdante una demanda de reivindicacion de aquella finca, puesta por M., para que pare al referido S. el perjuicio á que hubiere lugar.

A vd. suplico, que habiendo por presentado los referidos documentos, mande se le cite en la forma ordinaria, haciéndole saber el estado de la causa para que tomándola á su cargo la sign y defienda á su costa, hasta poner á mi poderdante en la quieta y pacífica posesion de dicho caserío, con apercibimiento. Pido justicia y costas.

AUTO.

Como se pide.

21. F., en nombre de N., vecino de... de quien tengo presentado poder, ante vd., como ha-
ya lugar en derecho, pongo demanda á S. de esta misma vecindad, y digo: que habiéndole tom-

prado mi poderdante en el año de tantos, tal caserío, en tanta cantidad, segun resulta de la escritura que presento, le puso M., demanda de reivindicacion en este juzgado, y por el propio oficio, donde obtuvo sentencia favorable en tantos, que despues confirmaron los señores de la suprema corte, á cuya consecuencia se despojó á mi poderdante de dicha finca, y satisfizo las costas de ambas instancias, que ascendieron á tanto. En esta atencion, y en la que aunque mi poderdante citó de eviccion al mencionado S. para que saliese á su defensa, no pudo conseguir lo hiciese, como resultará de los autos.

A vd. suplico que teniendo por presentados los referidos documentos y por admitida esta demanda, se sirva condenarle á que dé á mi poderdante otro caserío tan bueno como el vendido, con los correspondientes frutos, satisfaciéndole además todos los perjuicios y costas. Pido justicia.

AUTO.

Traslado.

22. F., en nombre de N., vecino de, . . y tutor de M., hijo menor de R., ya difunto, ante vd. como mejor haya lugar en derecho, digo: que entre los bienes adjudicados á dicho menor por fallecimiento de su padre, lo fué una casa sita en la calle de... que por su antigüedad necesita para su conservacion de considerables reparos, á los cuales no alcanzan ni sus réditos ni las facultades del menor, y por lo cual es muy útil venderla y destinar su valor á otras cosas fructíferas. Por tanto

A vd. suplico, que habiendo por presentado el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este escrito, y hecha la bastante se sirva mandar se subaste por el término ordinario dicha casa, y se reciban las posturas que se hagan de ella, difiriendo á su tiempo el remate en el mejor postor, concediendo á mi poderdante la correspondiente licencia para otorgar la escritura de venta, é interponiendo su autoridad y decreto judicial en todo. Pido justicia.

AUTO.

Dé la informacion; y hecha, autos.

23. F., en nombre de B., vecino de esta ciudad, de quien presento poder ante vd. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á S. de este mismo vecindario, y digo: que habiendo fallecido en el año tantos R., padre de mi poderdante, dejándole por su tutor y curador F., se le discernió el cargo en la forma ordinaria; y debiendo en su cumplimiento cuidar de los bienes de su menor como un diligente padre de familia lo hizo tan al contrario, que sin necesidad, utilidad ni la licencia judicial correspondiente, vendió el referido S. tal heredad, sita aquí ó allí, por tanta cantidad, valiendo dos terceras partes mas. Por tanto,

A vd. suplico, que habiendo por presentado el poder, y por admitida esta demanda, se sirva declarar por nulo en un todo el espresado contrato, y consiguientemente condenar á S. á que restituya á mi poderdante la heredad con los frutos que haya producido desde su injusta ocupacion hasta la real entrega. Pido justicia y costas.

AUTO.

Traslado.

FORMULARIO

CORRESPONDIENTE AL TÍTULO 27 DE LOS RETRACTOS.

Demanda de retractos.

F. en nombre de N., vecino &c, de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, digo que G. del mismo vecindario, vendió en tal día tal finca de abtengo á T. en tanta

cantidad, y mediante competir á mi poderdante como nielo el derecho de retracto dentro del término de nueve dias.

A vd. suplico que habiendo por presentado el poder, me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti á continuacion de este escrito, y hecho lo bastante se sirva declarar tiene lugar el derecho de retracto, nombrando así mismo sugeto en quien se deposite el valor de dicha finca que consigno desde luego. Pido justicia y juro ser para mi poderdante y no otra persona.

AUTO.

Dé la informacion; y hecha, autos.

FIN DE LOS FORMULARIOS DEL TOMO PRIMERO.

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL TOMO PRIMERO.

LIBRO PRIMERO.—De las personas.

DEL ESTADO NATURAL Y CIVIL DE LAS PERSONAS.

CAPÍTULO I.

CAPÍTULO II.

<i>Del estado civil de las cosas.....</i>		pág.	14
1.	Clasificación de las personas según el estado civil, y quiénes son ciudadanos, 14 y,		
2.	Quiénes se dicen naturales ó no naturales, 15 y,		15
3.	De los extranjeros avecindados, y de los naturalizados. De los no naturalizados, 16, 17, 18, 19 y		16
4.	De los vecinos domiciliados, y de los transeúntes, 20 al,		20
5.	Derechos y obligaciones que dimanán de la vecindad,		22
6.	Razon ~~porque se han descartado de la presente edición otras distinciones que hacían los autores, al estado civil de las personas,~~ 22 al,		id.
TOMO I.			49

3. Siendo huérfana y menor la muger, y raíces los bienes dotales, deberá intervenir licencia judicial para su entrega, , , , , , 67
4. ¿A quién corresponde la obligacion de dotar? , , , , , id.
5. Los padres no pueden mejorar, dar ni prometer á sus hijas por razon de casamiento, tercio ni quinto de sus bienes, , , , , id.
- 6 hasta el 12. La dote debe pagarse de los bienes gananciales, si los hubiere, y en el caso contrario, ¿de cuáles ha de satisfacerse segun los diferentes casos que alli se espresan, 67 á la, , , , , 69
13. La dote, ya sea dada en los gananciales, ya de otros bienes, no debe exceder al valor de la legítima, , , , , id.
14. ¿Cuándo se transfiere al marido el dominio natural y civil de los bienes dotales?, , , , , id.
15. Si la muger enagenare los bienes dotales con licencia de su marido y recibiere el precio dado por ellos, no tiene derecho á reclamar despues el valor de dichos bienes, , , , , id.
16. ¿Qué deberá pedir el que dá ó recibe la dote apreciada si se sintiere agraviado de este aprecio? 69 y, , , , , 70
17. ¿Qué deberá hacer la muger cuando conoce que su marido disipa ó desfalca la dote? , , , , , id.
18. Durante el matrimonio pertenecen al marido los frutos de la dote, , , id.
19. La muger pierde la dote por delito de adulterio, , , , , id.
- 20 y 21. De la dote que el marido confiesa haber recibido, sin que por otra parte conste su entrega; y de los efectos que produce esta confesion, , id.
22. Los bienes del marido están sujetos á la responsabilidad de la dote como tambien los del que da ó promete la dote para su entrega, 70 y, , 71

CAPÍTULO II.

De la restitution de la dote.....pág. 71

1. Obligacion que tiene el marido de restituir la dote; puede hacer esta restitution en vida, , , , , 71
2. Disuelto el matrimonio debe restituirse la dote á la muger ó quien representante sus acciones y derechos, , , , , id.
- 3 al 6. Modo de hacer la restitution segun la naturaleza de los bienes dotales 71 y, , , , , 72
7. ¿En qué casos corresponde al marido el deterioro ó la pérdida de los bienes dotales? 72 y, , , , , 73
8. Si consistiendo la dote en créditos á favor de la muger, dejare ésta de cobrarlos, ¿será responsable á la restitution de la cantidad que importen dichos créditos? , , , , , id.
9. Los gastos ocasionados para cobrar la dote que consiste en créditos deberá ser de cuenta de la muger, ¿y por qué?, , , , , id.
10. ¿Qué ha de tenerse por dote cuando ésta consista en pension, legado ánuo, ó renta de capital puesto en fondo vitalicio? 73 y, , , , , 74
11. Para la exaccion de la dote se ha de atender á la costumbre del lugar donde se hubiere celebrado el matrimonio, , , , , id.
12. Si el marido fuere pobre no se le ha de demandar por mas de lo que pueda restituir, , , , , id.
13. Demandada y perdida en juicio la dote, ¿de quién será la responsabilidad?, , , , , id.

- | | |
|--|----|
| 14. No prescribe la accion de repetir la dote hasta la disolucion del matrimonio, | 74 |
| 15. De la pena llamada arra que suele imponerse en la restitution de la dote, 74 y | 75 |

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre la dote.</i>	pág. 75
Obligaciones de dotar, 75 á la , , , , , , , , ,	77
Administracion de la dote, 77 y , , , , , , , , ,	78
Restitucion de la dote, 78 hasta la, , , , , , , , ,	81

TÍTULO 4.º

DE LOS BIENES PARAFORENALES Y DE LAS ARRAS.

CAPÍTULO I.

<i>De los bienes paraforenales</i>	pág. 81
--	---------

1. ¿Qué son bienes paraforenales?, , , , , , , , , 81
2. Los bienes paraforenales gozan del privilegio de hipoteca tácita en los bienes del marido para su restitution, cuando la muger se los hubiere entregado, , , , , , , , , id.
3. No habiéndolos ella entregado, no será la responsabilidad del marido, aun cuando dichos bienes se hayan consumido en los usos domésticos, con noticia y consentimiento de la muger, 81 y, , , , , , , , 82
4. De la enagenacion de los bienes paraforenales, , , , , , , , , id.

CAPÍTULO II.

<i>De las arras</i>	pág. 83
---------------------------	---------

1. ¿Qué se entiende por arras?, , , , , , , , , 83
2. ¿Cuánto puede prometer ó dar en arras el novio? , , , , , , , , id.
3. La muger hace suyas las arras, , , , , , , , , id.
4. ¿Cuándo se pueden ofrecer y aumentar las arras? , , , , , , , , id.
5. El marido no puede enagenar las arras sin permiso de la muger, , , , , , , , id.
6. Pueden prometer las arras de los bienes futuros , , , , , , , , id.
7. ¿Si podrá el menor de veinticinco años ofrecer arras, y en qué cantidad? , , , , , , , , id.
8. ¿A qué tiempo deberá atenderse para saber si las arras caben ó no en la décima de los bienes? 83 y , , , , , , , , 84
9. ¿A qué tiempo deberá atenderse para el abono de las arras, cuando el marido da esta eleccion á la muger? , , , , , , , , id.
10. Las arras pueden ofrecerse á la novia viuda igualmente que á la soltera, , , , , , , , id.
11. ¿De qué modo valdrá la oferta de arras que exceda de la décima parte de los bienes? , , , , , , , , id.
12. Pueden ofrecerse arras del usufructo de los bienes vinculados, , , , , , , , id.
13. Caso en que la muger tiene derecho á repetir parte de las arras contra su suegro, 84 y, , , , , , , , 85
14. Derecho que tiene la muger de reclamar íntegramente las arras cuando el marido perdiere en juicio alguno de sus bienes, , , , , , , , id.

15. Engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, podrá resarcirse descontándolo de las arras, 85
16. Las arras gozan del derecho de hipoteca tácita en los bienes del marido, id.
17. En caso de no dar ni ofrecer arras el novio, ¿qué otra especie de donación podrá hacer, y en qué cantidad?, id.
18. ¿A cuánto podrá ascender esta donación si el novio fuere viudo con hijos de otro matrimonio?, id.
19. Derecho de la muger á renunciar estas dádivas disuelto el matrimonio, y á elegir las arras, si hubiere prometido éstas y aquellas, 86
20. Derechos de la esposa en caso de no verificarse el matrimonio, si la hubiere besado el esposo, id.
21. Si la novia libre mayor de veinticinco años, ofreciere algo al novio, quedan obligados sus bienes al cumplimiento de esta oferta, id.

TÍTULO 5.º

DE LOS BIENES GANANCIALES.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. ¿Qué son bienes gananciales, y á quien corresponden? , , , , 87
2. Son comunicables los gananciales á entrambos consortes, aunque los adquiera ó gane uno de ellos solamente, id.
3. ¿En qué caso serian ó no comunicables como gananciales los bienes que confiere el marido por sí solo, ó la muger con su licencia tácita ó expresa? , id.
4. Son comunicables los frutos del usufructo de las fincas que uno de los consortes llevó en propiedad al matrimonio; pero el derecho de usufructuario que tenga alguno de ellos no se comunica por ser personal, 87 y 88
5. Son comunicables tambien los frutos de la parte de herencia que el testador hubiere dejado á alguno de ellos, aun cuando haya habido pleito sobre validez del legado, y con este motivo se hayan retardado la particion y la entrega, id.
6. Son igualmente gananciales los oficios de escribano y demás de esta clase comprados durante el matrimonio, id.
7. El peculio castrense es comunicable cuando lo adquirió el marido del cau dal comun, , , , id.
8. ¿Cuándo son comunicables las donaciones remuneratorias?, 89
9. Tambien son comunicables los productos del peculio casi castrense, id.
10. El precio de la finca que recobra el marido en virtud del pacto de retroventa, durante el matrimonio es comunicable entre los dos consortes, , , id.
11. Casos en que son ó no comunicables los bienes ó efectos que suelen regalar al novio ó á la novia los parientes ó estranos, , , , id.
12. La muger hasta que muere el marido no es dueña absoluta en propiedad y posesion de su mitad de gananciales. Al contrario el marido durante el matrimonio es verdadero dueño de ellos en dominio irrevocable, y así puede enagenarlos no mediando ánimo de defraudar á la muger, 89 y 90
13. Tambien se adquieren gananciales durante el matrimonio legítimamente contraído de buena fé, , , , , id.

- | | | |
|----------|--|---------|
| 14. | ¿En qué casos es ó no responsable el marido por el desfalcó que tengan los bienes de la sociedad conyugal? | 90 |
| 15 y 16. | Resuélvese la cuestion siguiente: ¿Si muerto uno de los consortes se presumiria tácitamente continuada la sociedad conyugal para la comunicacion de gananciales adquiridos despues del fallecimiento? | 90 y 91 |
| 17. | Los frutos que produzcan durante la proindivision los bienes adventicios de los hijos que están bajo la patria potestad, corresponden por derecho al padre como legítimo administrador | id. |
| 18. | ¿En qué casos no tiene lugar la regla general que hace comunes los bienes gananciales? | 91 y 92 |
| 19. | Por punto general los frutos de todos los bienes de ambos consortes de cualquiera calidad que éstos sean, ya haya llevado mas ó menos el uno que el otro al matrimonio, se comuniquen por mitad á entrambos, | id. |

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre el título de bienes gananciales, págs. 92. hasta..... 97

TÍTULO 6.º

DE LA PATRIA POTESTAD Y DE SUS EFECTOS CIVILES.

CAPÍTULO I.

De la naturaleza de la patria potestad, y de las obligaciones de los padres respecto de sus hijos legítimos..... pág. 97

- | | | |
|----|---|----------|
| 1. | Razon del método, | 97 |
| 2. | ¿Qué es patria potestad y á quienes corresponde? | 97 al 98 |
| 3. | Obligaciones de los padres: 1.ª la mantencion de los hijos, | id. |
| 4. | ¿En qué casos cesa la obligacion de los padres de mantener á sus hijos? | id. |
| 5. | 2.ª Obligacion de los padres: la educacion, | id. |

CAPÍTULO II.

De los derechos que da la patria potestad, respecto de los hijos y de sus bienes..... pág. 98

- | | | |
|----|---|-----------|
| 1. | Facultad que tienen los padres para servirse de sus hijos sin que éstos tengan derecho á exigirles salario, | 98 y 99 |
| 2. | Derecho de correccion y de castigo correccional, | id. |
| 3. | Derecho de poner en aprendizaje á sus hijos, | id. |
| 4. | Derecho del padre sobre los bienes de los hijos y especies del peculio correspondiente á éstos, | 99 al 100 |

TÍTULO 7.º

DE LA LEGITIMACION DE LOS HIJOS ESPURIOS NO LEGITIMADOS.

CAPÍTULO I.

De la legitimacion..... pág. 100

- | | | |
|----|-------------------------------------|-----|
| 1. | De los diversos modos de legitimar, | 100 |
|----|-------------------------------------|-----|

NÚMS.	PAGINAS.
2. ¿Cuáles hijos pueden ser legitimados? , , , , , , , , , ,	100
3. De la legitimacion por subsiguiente matrimonio y sus efectos 100 al, ,	101
4. Aclaracion de algunos casos relativos á la legitimacion por subsiguiente matrimonio, , , , , , , , , ,	id.
5. La legitimacion se verifica no solo respecto de los hijos, sino tambien de los nietos en el caso que allí se espresa, , , , , , , ,	id.
6. De la legitimacion por gracia ó concesion del soberano, , , , ,	id.
7. Efectos que produce esta legitimacion, , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO II.

De los hijos espúrios no legitimados.....pág. 101

1. ¿Cuántas clases hay de hijos espúrios? 101 y, , , , , , , ,	102
2. Obligacion de los padres respecto de estos hijos, , , , , , , ,	id.

TÍTULO 3.º

DE LA ADOPCION.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. ¿Qué es adopcion? , , , , , , , , , ,	102
2. Dos clases de adopcion 102 y, , , , , , , , , ,	103
3. Requisitos de una y otra, , , , , , , , , ,	id.
4. ¿Quienes no pueden adoptar ni ser adoptados? , , , , , , , ,	id.
5. Efectos de la adopcion y de la adrogacion, , , , , , , , , ,	id.
6. De la adopcion de los espósitos y huérfanos abandonados por sus padres 103 y, , , , , , , , , ,	104

TÍTULO 9.º

DE LOS MEDIOS DE DISOLVER LA PATRIA POTESTAD, Y EN ESPECIAL DE LA EMANCIPACION.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. Diversos modos de disolver la patria potestad, , , , , , , , , ,	105
2. De la emancipacion y de los diversos modos con que puede verificarse, , , , , , , , , ,	id.
3. De la emancipacion legal ó por medio del matrimonio y de sus efectos, , , , , , , , , ,	id.
4. De la emancipacion voluntaria y de sus efectos 105 y, , , , , , , , , ,	106
5. De la emancipacion forzosa, , , , , , , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Acerca de los diferentes títulos de patria potestad.....pág. 106

Paternidad, 106 al, , , , , , , , , ,	108
Concubinato 108 al, , , , , , , , , ,	110
Quienes ejercen la patria potestad 110 y, , , , , , , , , ,	111

Legitimacion, 111 y.	112
Adopcion 112 al,	114
Derechos y obligaciones entre padres é hijos 114 al,	118
Emancipacion 118 y,	119

TÍTULO 10.º

DE LA TUTELA Y CURADURÍA.

CAPÍTULO 1.

<i>De la tutela</i>	pág. 120
1. Definicion de la tutela,	120
2. El menor debe recibir por tutor al que se le dé, aunque no lo pida,	id.
3. ¿Quiénes pueden nombrar tutor?	id.
4. De los que tienen prohibicion legal para ser tutores ¿en qué término pueden serlo la madre ó abuela de su hijo ó nieto? 120 y,	121
5. Aunque el padre pase á segundas nupcias no pierde como la madre la tutela y administracion de los bienes de su hijo; y razon en que se funda esta diferencia	id.
6. Cuántas especies hay de tutela?	id.
7. De la tutela testamentaria ¿quiénes pueden dar tutor en su testamento? 121 y	122
8. El que dá tutor testamentario no puede imponerle el gravámen de aconsejarse con otro, á menos que nombre á éste contutor,	id.
9. De la tutela legítima ¿á quiénes corresponde?	id.
10. Todos los parientes pueden ser compelidos á admitir este cargo excepto la madre y la abuela 122 y,	123
11. Penas impuestas á los parientes á quienes por derecho toca la tutela cuando no la quieren admitir sin tener causa legítima para ello, ó no piden al juez en debido tiempo que provea de tutor al pupilo,	id.
12. ¿Cuándo tendrá lugar la tutela dativa y á que juez corresponde en este caso nombrar tutor?	id.
13. Del discernimiento de la tutela, y en qué casos no es necesaria la intervencion del juez,	id.
14. Aunque se divida la administracion entre varios tutores ó curadores, el derecho de la tutela ó curaduría pasa á cada uno por entero. Requisito necesario para que valga la relevacion de dar cuentas que suelen hacer los testadores á favor de los tutores que nombran 123 y,	124

CAPÍTULO II.

<i>De la curaduría</i>	pág. 124
1. ¿Qué es curaduría y en qué se diferencia de la tutela?	124
2. Solo hay un caso de curaduría legítima,	id.
3. El juez debe confirmar el curador que el padre dejase en su testamento 124 y,	125
4. No puede obligarse al menor á tomar curador contra su voluntad,	id.

- | | |
|---|-----|
| 5. Necesidad del curador en los actos judiciales, | 125 |
| 6. Facultades del curador ad litem 125 y, | 126 |

CAPÍTULO III.

De las obligaciones de los tutores y curadores..... Pág. 126

1. Juramento que tienen que hacer los tutores y curadores antes que se les discierna la tutela ó curaduría, y fianzas que están obligados á dar algunos de ellos, 126 y, id.
2. Obligaciones que tienen los tutores y curadores de hacer inventario solemnemente y formal de todos los bienes, créditos, derechos y acciones del pupilo despues de discernida la tutela y curaduría, id.
3. Penas en que incurren los tutores y curadores por no hacer el inventario con la rectitud y puntualidad debida, ó por dejar de incluir en él algunos bienes fraudulentamente, id.
4. ¿En qué pena incurrirán los mismos, si por dolo y no por alguna causa justa dejaren de hacer el inventario? 127 y, id.
5. Otras obligaciones de los tutores y curadores, id.
6. Los tutores y curadores no pueden enagenar los bienes raíces del menor, ni los muebles preciosos, sino para los objetos y con la formalidad que allí se expresa. También les está prohibido hacer otras cosas que se indican, id.

CAPÍTULO IV.

De los modos de acabarse la tutela y curaduría..... Pág. 129

1. Causas porque se acaba la tutela y curaduría, id.
2. De las excusas para no admitir la tutela: unas son necesarias y otras son voluntarias 129 y, id.
3. ¿Ante que juez y dentro de qué término han de presentarse estas excusas? id.
4. Pena del tutor testamentario que rehusare la tutela sin excusa legítima, id.
5. Excusas porque pueden ser tenidos por sospechosos los tutores ó curadores y ser removidos como tales 130 y, id.
6. ¿Quiénes tienen obligación de acusar por sospechosos al tutor ó curador? id.
7. ¿Ante qué juez se ha de instaurar la acusación, id.
8. Los bienes del tutor ó curador, los de sus herederos y fiadores están obligados á la responsabilidad de los daños que causen al menor, id.
9. Fenecida la tutela no puede el tutor ser obligado á admitir la curaduría aunque el padre del menor le haya nombrado en su testamento, id.

CAPÍTULO V.

De la décima que han de percibir los tutores y curadores por su administracion..... Pág. 132

1. Derecho que tienen los tutores y curadores á percibir la décima parte de los frutos que produzcan los bienes del menor, id.
2. La décima no se limita á los frutos naturales sino que tambien se estiende á los civiles, id.
3. Se ha de pagar la décima en los mismos frutos á arbitrio de buen varón, id.
- 4 al 6. ¿Qué deducciones deberán hacerse para la computación de la décima? 132 y, id.

7. Facultades concedidas al tutor y curador para asegurar el pago de la décima, , , , , , , , , , 133
8. De qué bienes no pueden exigir décima los tutores y curadores? 133 y, , 134
9. Ningun testador puede prohibir al tutor ó curador que perciba la décima como tampoco imponerle gravámen alguno en ella, y razones por qué, id.

CAPÍTULO VI.

Del privilegio de restitucion in integrun que concede la ley á los menores de veinticinco años; y de la licencia que pueden obtener para administrar sus bienes sin dependencia de curador. pág. 134

1. Qué quiere decir restitucion y en qué se funda este privilegio, 134 y , 135
2. ¿Qué deberá probar el menor para conseguir esta restitucion? , , , id.
3. Diversos medios que tiene el menor para el resarcimiento del perjuicio segun se haya celebrado el contrato, , , , , , , , , id.
4. Restituido el menor en un contrato debe devolver al otro contratante el lucro que hubiere percibido de tal contrato, , , , , , , , , 135
5. ¿Qué tiempo concede la ley á los menores para pedir la restitucion? , , 136
6. ¿Si aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, , , , id.
7. El beneficio de restitucion se trasmite á los herederos del menor, , , id.
8. El juez ha de conceder la restitucion con conocimiento de causa, , , id.
9. Casos en que el juez debe denegar la restitucion 136 y, , , , 137
10. De otras personas y corporaciones á quienes compete este beneficio, como si fuesen menores, , , , , , , , , id.
11. El menor puede obtener dispensa de edad para regir y administrar sus bienes sin dependencia de tutor ó curador, , , , , , , , , id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre la tutela y curaduría,</i>	pág. 137
Nombramiento de tutor, 138 á la , , , , , , , , ,	141
Administracion, 141 hasta, , , , , , , , ,	143
Exenciones, 143 y, , , , , , , , ,	144
Remocion, 144 y, , , , , , , , ,	145
Cuentas, 145 y, , , , , , , , ,	146
Restitucion in integrum, 146 y, , , , , , , , ,	147

LIBRO SEGUNDO.—De las cosas.

TÍTULO 1.º

DE LAS COSAS COMUNES, DE LAS PÚBLICAS Y DE CONSEJO.

CAPÍTULO ÚNICO.

Disposiciones legales acerca de las cosas comunes y de las públicas pág. 148

1. Definicion y division general de las cosas, , , , , , , , , 148
2. De las cosas comunes cuyo uso pertenecen á todos los hombres, 148 y, , 149
3. De las cosas que se llaman públicas, , , , , , , , , id.

4. Definicion de las cosas de consejo, , , , , , , , , 149
5. Razon porque se hace tan solo una indicacion general de ellas en esta parte de la obra, 149 y, , , , , , , , , 150

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

- Sobre la division de las cosas* pág. 150
- Cosas consideradas naturalmente, 150 y , , , , , , , , 151
- Cosas consideradas civilmente, 151 y, , , , , , , , 152

TITULO 2.º

DE LAS COSAS Y BIENES DE PARTICULARES Y DE LOS MODOS DE ADQUIRIRLOS.

CAPÍTULO I.

Division de las cosas ó bienes pág. 153

1. Qué se entiende por cosa privada y sus divisiones, , , , , , , , 153
2. Cosas corporales é incorpóreas, , , , , , , , id.
- 3 y 4. Cosas muebles y sus diferentes clases, , , , , , , , id.
5. Aclaracion sobre estos bienes, 153 y , , , , , , , , 154
6. Bienes inmuebles, , , , , , , , id.
7. Bienes inmuebles por naturaleza, , , , , , , , id.
8. Bienes inmuebles por el uso á que se aplican, , , , , , , , id.
9. Bienes inmuebles incorpóreos, , , , , , , , id.
10. Bienes ó cosas fungibles ó no fungibles, , , , , , , , id.

CAPÍTULO II.

De los modos de adquirir el dominio de los bienes pág. 155

1. ¿Qué es dominio y en qué se diferencia de la propiedad, 155 y , , 156
2. Sus divisiones , , , , , , , , id.
3. El dominio da derecho á todos los productos de la cosa, , , , , id.
4. El propietario de un terreno es dueño de la superficie y de lo que hay debajo de ella , , , , , , , , id.
5. A nadie se puede privar de su propiedad sino en la forma prescrita por las leyes 156 hasta , , , , , , , , 159
6. Modos como se adquiere el dominio , , , , , , , , id.
7. De la ocupacion, caza y pesca , , , , , , , , id.
8. Animales que son objeto de la caza , , , , , , , , id.
9. Invencion ó hallazgo , , , , , , , , id.
10. De las minas, 159 y , , , , , , , , 160
11. Bienes que pertenecen al estado , , , , , , , , id.
- 12 y 13. De la accesion , , , , , , , , id.
14. Caso de que un rio formase nuevo cauce, 160 y , , , , , , , , 161
15. ¿A quién pertenece la isla que se forme? , , , , , , , , id.
16. El dueño de una heredad no tiene derecho á la fruta que produzcan los árboles plantados en heredad ajena, aunque se estiendan sus raíces á la suya , , , , , , , , id.

NUMS.

PÁGINAS.

17 al 22. De la accesion industrial, 161 hasta	162
23 al 28. Accesion en las cosas muebles, 162 y	163
29. Al propietario de una finca corresponden los frutos naturales, los industria-	
les y los civiles	id.
30. Requisitos para trasladar la propiedad,	164
31 al 33. De la tradicion	id.
34 al 39. De la posesion, 164 y	165
40. De la prescripcion	id.
41 y 42. Personas que poseen precariamente y por lo mismo no pueden prescri-	
bir 165 y	166
43. Los jueces no pueden suplir de oficio la escepcion que resulta de las pres-	
cripciones	id.
44. Requisitos para la prescripcion	id.
45. Buena fé	id.
46. Justo título, 166 y	167
47. Posesion continuada,	id.
48. El que poseyó la cosa antiguamente, tiene á su favor la presuncion de ha-	
ber poseido tambien el tiempo intermedio	id.
49. Modo de interrumpir la posesion para el efecto de la prescripcion	id.
50. Tiempo señalado por la ley	id.
51. Que la cosa no sea viciosa, 167 y	168
52 y 53. Prescripcion de treinta años	id.
54. Prescripcion de las acciones	id.
55. Acciones que se prescriben por tres años, 168 y	169
56. Desde cuando se cuentan éstos	id.
57 y 58. Interrupcion de la prescripcion	id.
59. Puede renunciarse la prescripcion	id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

Acerca de las materias contenidas en el título 2, ° de la propiedad pág. 170

Derechos del propietario, 170 y	171
Accesion, 171 hasta,	175
De la ocupacion, 175 al	177
Caza y pesca, 177 al	179
Hallazgo, 179 al	181

De la prescripcion pág. 181

Utilidad de la prescripcion, 181 al	183
Requisitos para prescribir, 183 al	187
Prescripcion de acciones y servidumbres 187 al	191
Causas que interrumpen y suspenden la prescripcion, 191 y,	192

TITULO 3.°

DE LA ADQUISICION DE CIERTOS DERECHOS SOBRE COSAS AJENAS, LLAMADOS SERVIDUMBRES.

CAPÍTULO I.

Nociones generales sobre la materia pág. 192

1. Qué sea servidumbre y quiénes pueden constituirla	192
--	-----

CAPÍTULO II.

De la institucion de heredero.....pág. 214

1. Entre nosotros no es necesaria la institucion de heredero para la validez del testamento , , , , , , , , , , 214
- 2, 3, y 4. ¿Quién se dice que es heredero? y sus diferentes especies, , , 215
5. Personas que no pueden heredar por incapacidad, , , , , id.
6. Personas que no pueden heredar por indignidad, 215 y, , , , , 216
7. La institucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo, , id.
8. El testador debe hacer la institucion en términos claros, 216 y, , , , 217
9. Caso de que el testador errase en el nombre del heredero, , , , , id.
10. Puede tambien el testador instituir heredero condicionalmente , , , id.
11. Division de las condiciones, en posibles é imposibles, , , , , id.
12. Las condiciones posibles se dividen en potestativas, casuales y mixtas &c. 217 y, , , , , , , , , , 218
13. Institucion á dia y tiempo cierto, , , , , , , , , , id.
14. El que se apodera de la herencia sin autorizacion judicial, habiendo otros coherederos, perderá por esto solo el derecho que á ella tenia, , , , id.
15. Los herederos á quienes se les debe legitima, son los parientes por línea recta , , , , , , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO III.

De la sucesion testamentaria de los descendientes á los bienes de sus ascendientes.....pág. 219

1. En la línea recta es preferible la de los descendientes legítimos, , , 219
2. Entre los descendientes ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador sin distincion de sexo, 219 y , , , , , , , , , , 220
3. Se resuelve la cuestion, ¿cuándo el hijo se tendrá por concebido durante el matrimonio, y de consiguiente por legítimo? , , , , , , , , id.
4. Precauciones para asegurar la legitimidad del parto , , , , , id.
5. y 6. El hijo que dá á luz una viuda casada en segundas nupcias á los diez meses del fallecimiento de su primer esposo, y á los siete de haber contraido su segundo matrimonio, ¿será fruto de éste ó del primero? 220 y 221
7. Caso de que el abuelo hubiese tenido de muger soltera ó viuda un hijo natural , , , , , , , , , , , , , , id.
8. Tambien se consideran como hijos legítimos los que proceden de padres infieles, que despues se han convertido, ; , , , , , , , id.
9. La institucion que los padres deben hacer en sus hijos es la directa, sin condicion de gravámen , , , , , , , , , , id.
10. Lo mismo se entiende con los demás descendientes legítimos del testador, id.
11. Porcion de bienes que deben dejar á sus descendientes, 221 y , , , , 222
12. No está el padre obligado en vida á dar su legitima al hijo, porque no se les debe hasta despues de su muerte de aquel; pero puede hacerlo si quiere, , , , , , , , , , , , , , id.
13. La legitima hecha en vida por el padre á los hijos casados ó emancipados, puede ser irrevocable, , , , , , , , , , , id.
14. A falta de hijos legítimos, entran en la herencia los naturales legitimados y algunas veces los que no lo están, , , , , , , , , , id.

15. El legitimado puede ser mantenido aunque existan descendientes legítimos, 222 y, , , , , , , , , , 223
16. Si no se hiciere mencion en el testamento del hijo natural no legitimado, es carga de los herederos el consignarle alimentos, , , , , , , , , id.
17. El hijo natural no legitimado que ha sido desheredado por su padre, no tiene accion ninguna contra su testamento, , , , , , , , , id.
- 18 y 19. Doctrina acerca de la sucesion de los hijos espúrios, 223 y, , , , , 224
20. Advertencia acerca de los hijos ilegítimos de todas clases, , , , , id.

CAPÍTULO IV.

De las mejoras pág. 225

1. Utilidad de las mejoras, , , , , , , , , , 225
2. Su definicion y sus diferentes especies, 225 y, , , , , , , , , 226
3. ¿Quiénes pueden hacer mejoras? , , , , , , , , , id.
- 4 y 5. El padre no puede mejorar á su hija legítima por razon de dote ni de casamiento; pero sí á la hija natural; razones de esta diferencia, , , , id.
6. ¿A qué tiempo deberá atenderse para ver si cabe la dote en la legítima de la hija, supuesto que no puede ser mejorada por razon de casamiento? 226 y 227
7. La facultad de mejorar se estiende á los abuelos respecto de los nietos. ¿Si podrán aquellos mejorar á los nietos por razon de dote ó casamiento, , id.
8. La espresada prohibicion que tienen los padres de mejorar á los hijos, se entiende por contrato en sanidad; mas no por testamento, pues en él pueden hacer mejoras en favor de las mismas, , , , , , , , , id.
9. Si el ascendiente no tuviere mas que un hijo ú otro descendiente legítimo, no puede mejorar á éste ni á nadie, excepto en los casos que allí se citan, 227 y, , , , , , , , , , 228
10. Caso en que se considera removido el gravámen de restitucion impuesto en el tercio por el padre, , , , , , , , , , id.
11. El que mejora en términos genéricos, se entiende que lo hace en tercio y quinto, , , , , , , , , , id.
12. Compete la facultad de mejorar el padre á sus hijos legítimos, aun quando éstos sean habidos en diferentes matrimonios. y aun en el caso que se deba á la muger pobre la cuarta marital, , , , , , , , , , id.
- 13 al 19. De los pactos que suelen hacer los descendientes de mejorar ó no mejorar á sus descendientes, 228 y , , , , , , , , , 229
20. Las madres y abuelas pueden hacer mejoras quando sus bienes son libres, de tal suerte, que el marido no tenga el usufructo de ellos, y aun teniéndolo, podrán hacerlo en los casos y términos que allí se espresan, , , , id.
21. El testador puede designar por sí mismo la finca ó fincas de la mejora; pero no puede encargar á otra persona de esta designacion, 229 y, , , , , 230
22. Habiendo señalado el testador en bienes determinados la mejora, se han de entregar al mejorado los mismos bienes en que se la designó, , , , , , , , , id.
- 23 y 24. Las mejoras pueden hacerse, no solo en términos espresos, sino tambien tácitamente. Ejemplos de estas mejoras tácitas, 230 y, , , , , 231
25. La finca poseída por el padre con el gravámen de restitucion, no se toma en cuenta para las mejoras, , , , , , , , , , id.
26. El mejorado en tercio y quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, , , , , , , , , , id.

27. De el derecho de adreçer las mejoras, , , , , , , , ,	231
28. Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura entre vivos á alguno de los legítimos descendientes, y á otro por testamento, sin disponer del tercio, serán válidas dichas mejoras, ¿por qué? , , ,	id.
29. El mejorado en tercio y quinto que recibió en vida los bienes de su mejora, estará obligado á pagar el funeral del mejorante, pero no los legados, 231 y	232
30. De la revocacion de las mejoras. Si podrá haber mejora irrevocable respecto del quinto? , , , , , , , , ,	id.
31. De los excesos porque pueden revocarse las mejoras, , , , , , , , ,	id.
32. La facultad de revocar estas mejoras por dichas causas, corresponde al mejorante por ser personal, ¿y cuándo pasa á sus herederos? , , ,	id.
33. De la revocacion de las mejoras del tercio que dimana de la libre y espontánea voluntad del mejorante, , , , , , , , ,	id.
34. La revocacion puede hacerse de dos modos, á saber: por palabras expresas, ó de hecho, 232 y, , , , , , , , ,	233
35 al 39. Casos en que se presumen ó no revocables las mejoras, 233 y , , ,	234
40. Casos de revocacion en que el mejorado está obligado á restituir los frutos además de la cosa en que consiste la mejora, , , , , , , , ,	id.
41. Cuatro casos en que la mejora es irrevocable, , , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO V.

De la sucesion testamentaria de los ascendientes en los bienes de sus descendientes..... pág. 235

1. Los ascendientes son herederos forzosos en todos los bienes de sus descendientes á excepcion del tercio, , , , , , , , ,	235
2. La obligacion de instituir herederos á los ascendientes, comprende del mismo modo á los que están bajo la patria potestad que á los emancipados, 235 y, , , , , , , , ,	236
3. Los descendientes pueden consignar el tercio dejándolo á alguno de sus ascendientes ó á un extraño, , , , , , , , ,	id.
4. El hijo, aunque esté bajo la patria potestad, puede disponer del referido tercio, no solo en cuanto á la propiedad, sino tambien en cuanto al usufructo,	id.
5. El pacto recíproco de heredarse celebrado entre marido y muger, no es permitido al hijo en perjuicio de sus ascendientes, , , , , , , , ,	id.
6. No solo sucederán los ascendientes á sus legítimos descendientes careciendo éstos de hijos, sino tambien cuando los desheredan ó sustituyen á un extraño, , , , , , , , ,	id.
7. No sucederán sin embargo los ascendientes en bienes de mayorazgos, enfiteusis ó feudos, y razon por qué, , , , , , , , ,	id.
8. Casos en que tampoco sucederán á los descendientes, , , , , , , , ,	237
9. Los gastos del funeral del hijo, no deben deducirse del tercio, , , , , , , , ,	id.
10. Pero sí los legados, misas y demás gastos voluntarios, , , , , , , , ,	id.
11. No debe confundirse con los herederos el legatario del tercio, , , , , , , , ,	id.
12. Son por lo general recíprocos los derechos entre los descendientes y ascendientes en cuanto á la sucesion, , , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO VI.

De los herederos extraños..... pág. 238

1. ¿Quiénes son los herederos extraños? , , , , , , , , ,	238
---	-----

2.	No habiendo herederos forzosos puede el testador instituir á uno ó muchos estrafios,	238
3.	Requisitos que han de concurrir en los herederos estrafios para que sea vá- lida la institucion,	239
4.	Puede el testador dividir la herencia en las partes que quiera,	id.
5	al 11. Modo de dividir la herencia cuando el testador designa las partes ó deja de hacerlo,	239 y,
12 y 13.	Resolucion de varias dudas,	id.
14.	Caso de que el testador instituyere genéricamente á sus hermanos, y unos lo fuesen por entero, y otros medios hermanos,	240 y,
15.	Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos, no son llamados los hijos de algun hermano difunto,	id.
16.	Entre los herederos estrafios se comprenden los usufructuarios, fideicomisa- rios y fiduciarios,	id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

Sobre los testamentos en general.....pág. 241

Utilidad del derecho de testar, 241 al,	, , , , , , , ,	243
Reglas generales, 243 y,	, , , , , , , ,	244
Capacidad de disponer por testamento, 244 hasta,	, , , , , , , ,	247

*De las formalidades y disposiciones de los testamentos.....*pág. 247

Forma general, 247 hasta,	,	,	,	,	,	,	,	,	,	249
Institucion de heredero, 249 hasta,	,	,	,	,	,	,	,	,	,	253

De las mejoras pág. 253

Mejoras espresadas, 253 hasta	,	,,		,	,	,	,	,		256
Mejoras tácitas,	,	,,	,	,	,	,	,	,	,	id.
Regulacion de las mejoras 256 hasta,	,	,,		,	,	,	,	,		258

. TITULO 5.º

DE LA SUSTITUCION DE HEREDERO.

CAPÍTULO I.

De la sustitucion en general pág. 259

1. ¿Qué cosa es sustitucion?	, , , , , , , , , ,	259
2. Causa de su introduccion,	, , , , , , , , , ,	id.
3. Sus diferentes especies,	, , , , , , , , , ,	id.
4. Si debe hacerse en testamento,	, , , , , , , , , ,	id.
5. Si las condiciones impuestas á los herederos pasan á los sustitutos,	, , , , , , , , , ,	id.
6. Condicion causal,	, , , , , , , , , ,	id.
7. Condicion potestativa,	, , , , , , , , , ,	id.
8. Cuando comprenden á todos los herederos,	, , , , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO II.

De la sustitucion vulgar.....pág. 260

1. ¿Qué es sustitucion vulgar? , , , , , , , , , 260
2. Sus divisiones, , , , , , , , , id.
3. ¿Qué debe hacerse cuando la institucion es desigual? , , , , id.
4. Caso de nombrarse varios sustitutos, , , , , , , , id.
5. ¿Cuándo acaba esta sustitucion, , , , , , , , id.

CAPÍTULO III.

De la sustitucion pupilar.....pág. 261

1. Su definicion, , , , , , , , , 261
2. Requisitos necesarios para su validez, , , , , , , , id.
3. Es manifiesta y tácita, 261 y, , , , , , , , 362
4. Excepcion de la anterior doctrina, , , , , , , , id.
5. Sustitucion del póstumo, , , , , , , , id.
6. Sustitucion del hijo arrogado, , , , , , , , id.
7. Sustitucion del desheredado, , , , , , , , id.
8. No puede el abuelo sustituir pupilarmente al nieto, 262 y , , , , 263
9. ¿El sustituto pupilar escluye á la madre? , , , , , , id.
10. El sustituto pupilar queda dueño absoluto de los bienes , , , , id.
11. No se le permite eleccion, , , , , , , , id.
12. Causas por qué se escluye, 263 y, , , , , , , , 264
13. Advertencia para la mejor inteligencia de esta materia, , , , , id.

CAPÍTULO IV.

De la sustitucion pupilar.....pag. 264

1. Su definicion, , , , , , , , , 264
2. Personas que pueda hacerla, , , , , , , , id.
3. Orden que debe guardarse, 264 y, , , , , , , , 265
4. Causas porque concluye, , , , , , , , id.

CAPÍTULO V.

De la sustitucion compendiosa..... pag. 265

1. Su definicion, , , , , , , , , 265
2. Quienes pueden hacerla, , , , , , , , id.
3. Varios casos de la ley de Partida, , , , , , , , id.
4. ¿Qué debe tenerse presente en la materia? , , , , , , id.

CAPÍTULO VI.

De la sustitucion brevilocua.....pag. 266

1. ¿Cómo se define? y porcion que les corresponde, , , , , , 266
2. ¿Quién puede hacerla?, , , , , , , , id.
3. Clases que en ella se incluyen, , , , , , , , id.

CAPÍTULO VII.

<i>De la sustitucion fideicomisaria y de la cuarta trebeliánica</i>	pag.	266
1. ¿Qué se entiende por sustitucion fideicomisaria?	, , , , ,	266
2. Personas que pueden hacerla, 266 y	, , , , ,	267
3. Diferencia entre heredero fiduciario y fideicomisario,	, , , , ,	id.
4. Caso de que se imponga el gravámen al heredero con respecto á los co-herederos,	, , , , ,	id.
5. ¿Qué sucede cuando muere el fideicomisario antes de la adicion?	, , , , ,	id.
6. Obligacion del heredero gravado condicionalmente,	, , , , ,	id.
7. Si vale la sustitucion con la cláusula cuando él quiera,	, , , , ,	id.
8. Gravámen en un descendiente legítimo á favor de un estraño	, , , , ,	id.
9. Puede el fideicomisario sacar la cuarta parte de los bienes	, , , , ,	id.
10. Objeto de la cuarta trebeliánica,	, , , , ,	id.
11. ¿Qué es cuarta trebeliánica?	, , , , ,	id.
12. Forma en que debe sacarse, 267 y	, , , , ,	268
13. El hijo del testador hace suyos los productos,	, , , , ,	id.
14. No puede apresurársele á que admita la herencia,	, , , , ,	id.
15. Está obligado á satisfacer á prorata las deudas,	, , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Acerca de las condiciones y sustituciones,</i> págs. 268 y	269
Sustitucion vulgar, 268 hasta,	271
Sustitucion pupilar y ejemplar, 271 y	272

TÍTULO 6º.

DE LAS ACEPTACIONES Y REPUDIACION DE HERENCIAS.

CAPÍTULO I.

<i>De la aceptacion ó adicion.</i>	pag.	272
1. Personas que pueden aceptar la herencia, 272 y	, , , , ,	273
2. Modos cómo pueden hacerlo	, , , , ,	id.
3. Término para deliberar	, , , , ,	id.
4. Beneficio de inventario,	, , , , ,	id.
5. Gestiones para la que se supone haberla aceptado,	, , , , ,	id.
6. Término para reclamar las deudas, 273 y	, , , , ,	274

CAPÍTULO II.

<i>De la repudiacion de herencia.</i>	pag.	274
1. ¿Quiénes pueden repudiarla?	, , , , ,	274
2. Término para repudiarla,	, , , , ,	id.
3. ¿Cómo puede repudiarse?	, , , , ,	id.
4. Excepcion de la anterior doctrina	, , , , ,	id.
5. No se permite renunciacion	, , , , ,	id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre la adquisicion hereditaria</i>	pag.	275
Aceptacion, 275 hasta, ...		278

TÍTULO 7.º

DE LA DESHEREDACION.

CAPITULO I.

<i>De la desheredacion en general</i>		279
1.	¿Qué se entiende por desheredaciones?, , , , , , , ,	279
2.	¿Quién puede hacerla?, , , , , , , ,	id.
3.	¿Cómo debe hacerse? , , , , , , , ,	id.
4.	Debe ser total y absoluta, , , , , , , ,	id.
5.	Debe fundarse en justas causas, , , , , , , ,	id.
6.	Efectos de la desheredacion , , , , , , , ,	280

CAPÍTULO II.

<i>De las justas causas para la desheredacion de los descendientes, ascendientes y hermanos</i>		pág. 280
1.	Causas por las que se autoriza la desheredacion de los descendientes: por poner manos airadas en el padre , , , , , , , ,	280
2.	Por infamarle, 280 y , , , , , , , , ,	281
3.	Por no salir fiador por él, , , , , , , ,	id.
4.	Por hacerse jugador ó farsante, por dinero: caso particular con respecto á la hija, , , , , , , , ,	id.
5.	Por no recoger y alimentar al ascendiente loco	id.
6.	Por no redimir al ascendiente cautivo	id.
7.	Por volverse moro, judío ó herege, ...	id.
8.	¿Podrá ser desheredado si contrae matrimonio clandestino ó sin consentimiento paterno? , , , , , , , , , ,	id.
9.	Desheredacion de los ascendientes, 281 y , , , , , , , ,	282
10.	Desheredacion de los hermanos, , , , , , , ,	id.
11.	Causas por las que se pierde la herencia , , , , , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre las desheredaciones:</i>	pág	282
Desheredacion de los hijos, 282 hasta , , , , , , , ,		285
Desheredacion de los padres , , , , , , , ,		id.
De los ejecutores testamentarios, 285 y, , , , , , ,		286

TÍTULO 8.º

DE LA REVOCACION.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. Cuando se revoca ó invalida,

287

NUMS.

PÁGINAS.

2. No se invalida por el simple transcurso del tiempo, , , , , , , , ,	287
3. Casos en que vale el primer testamento, 287 y , , , , , , , , ,	288
4. Advertencia al escribano, , , , , , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre la revocacion del testamento</i>	pág. 289
Revocacion directa, 289 y , , , , , , , , ,	290
Revocacion indirecta, 290 y , , , , , , , , ,	291

TÍTULO 9.º

DE LOS COMISARIOS, Y DE LOS TESTAMENTARIOS Y ALBACEAS.

CAPÍTULO I.

<i>Del poder para testar</i>	pág. 292
1. ¿Qué es poder para testar? , , , , , , , , ,	292
2. Solemnidades que se requieren , , , , , , , , ,	id.
3. Personas que pueden darlo , , , , , , , , ,	id.
4. Facultades del comisario , , , , , , , , ,	id.
5. Puede mejorar ó sustituir entre personas designadas por el testador , , ,	id.
6. No es delegable el poder para testar, si así no se espresa en él , , ,	id.
7. Caso en que el testador no nombra heredero 292 y , , , , ,	293
8. No puede el comisario alterar el testamento que hizo , , , , ,	id.
9. Puede darse poder para concluir un testamento empezado , , , , ,	id.
10. Caso de que el comisario muera sin otorgar el testamento , , , , ,	id.
11. Siendo varios los comisarios se estará á lo que decida la mayoría , , ,	id.
12. Término señalado al comisario 293 y , , , , , , , , ,	294
13. Puede el testador prorogar éste término , , , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO II.

<i>De los testamentarios ó albaceas</i>	pág. 294
1. ¿Qué se entiende por albaceas? , , , , , , , , ,	294
2. ¿Quiénes pueden serlo? 294 y , , , , , , , , ,	295
3. ¿De cuántas clases son? , , , , , , , , ,	id.
4. Pueden demandar judicialmente los bienes del testador en algunos casos, 295 y , , , , , , , , ,	296
5. Los testamentarios universales están obligados á formar inventario , , ,	id.
6. En caso de enagenar los bienes deben hacerlo en pública almoneda , , ,	id.
7. No pueden conmutar lo dejado para causas pias , , , , , , , , ,	id.
8. No es delegable este encargo , , , , , , , , ,	id.
9. Término en que debe evacuarse , , , , , , , , ,	id.
10. Si no cumplen su encargo pierden las mandas , , , , , , , , ,	id.
11. Este encargo debe ser gratuito 296 y , , , , , , , , ,	297
12. Causas por que concluye , , , , , , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre el poder de testar, págs. 297 y</i>	298
--	-----

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre los ejecutores testamentarios, págs. 298 y 299

TÍTULO 10.

DE LAS MANDAS Ó LEGADOS: DE LA CUARTA FALCIDIA, Y DEL
DERECHO DE ACRECER EN LOS LEGADOS.

CAPÍTULO I.

De las mandas pág. 300

1. La facultad de legar es un complemento de la de testar, , , , , 300
2. ¿Qué es legado? , , , , , , , , , id.
3. Personas que pueden y á quiénes se pueden legar, 300 y , , , , 301
4. El testador debe hacer por sí mismo las mandas , , , , , id.
5. Cosas que se pueden legar , , , , , , , , , id.
6. Instrumento en que se puede legar , , , , , , , , id.
7. No pueden los testadores manifestar su voluntad por señas, 301 y , , 302
8. Divisiones de los legados , , , , , , , , id.
9. Legados específicos , , , , , , , , id.
10. Modos como puede legarse, 302 y , , , , , , , 303
11. Legado á dia cierto é incierto , , , , , , , , id.
12. Legado condicional , , , , , , , , id.
13. Diferencias de las condiciones de hecho ó de derecho , , , , id.
14. El legatario debe cumplir exactamente la condicion posible, , , id.
15. Cumplido el precepto del testador se adquiere el dominio irrevocable , , id.
16. Cuando la condicion es negativa debe el legatario prestar la caucion Mu-
ciana , , , , , , , , , , 304
17. ¿Cuándo se tendrá por cumplida la condicion potestativa? , , , , id.
18. Las condiciones compulativas deben cumplirse todas , , , , id.
19. Si son diyuntivas bastará cumplir una , , , , , id.
20. Caso de que se imponga una condicion á muchos , , , , id.
21. Legado de cierto modo ó modal , , , , , , , , id.
22. Legado con demostracion, 304 y , , , , , , , 305
23. Legado causal , , , , , , , , id.
24. Legado alternativo , , , , , , , , id.
25. Otras divisiones de legados , , , , , , , , id.
26. Legado de cosa propia , , , , , , , , id.
- 27 al 34. Varios casos de legados, 305 y , , , , , , , 306
35. Legado de cosa agena , , , , , , , , id.
36. Hay que distinguir si sabia ó no el testador que la cosa legada era agena id.
37. Obligacion del heredero en este legado , , , , , , , id.
38. Legado de cosa empeñada, 306 y , , , , , , , 307
39. Caso de que el testador legase al deudor la prenda que éste le había en-
tregado , , , , , , , , , , id.
40. Legado de cosa existente , , , , , , , , id.
41. Legado de cosa futura , , , , , , , , id.

NUMS.	PÁGINAS.
42. Legado de cosas incorpóreas , , , , , , , ,	307
43. Legado el usufructo no pertenecerá la propiedad al legatario , , , ,	id.
44. Legado de crédito , , , , , , , ,	id.
45. Legado de liberacion, 307 y , , , , , , , ,	308
46. Caso que el testador negase el instrumento del crédito , , , ,	id.
47. En la remision de la deuda se entiende remitido el crédito puro vencido y de presente, no el condicional y á dia cierto , , , , , ,	id.
48. Legado de deuda , , , , , , , ,	id.
49. Utilidad de este legado , , , , , , , ,	id.
50. Legado de eleccion , , , , , , , ,	id.
51 al 53. Varios casos de legar, 308 y , , , , , , , ,	309
54. Legada la cosa y su valor debe pedirse primero éste , , , , ,	id.
55 al 57. Otros casos de legados , , , , , , , ,	id.
58. Es nulo el legado cuando el testador yerra el nombre del legatario, 309 y ,	310
59. Legados de alimentos , , , , , , , ,	id.
60. ¿Qué cantidad deberá darse por alimentos? , , , , , ,	id.
61. ¿Qué se entiende por alimentos? , , , , , , , ,	id.
62. Cosas que no se pueden legar, , , , , , , ,	id.
63. Puede el legatario admitir ó desechar el legado, , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO II.

<i>De la revocacion de los legados y de la cuarta falcidia.....</i>	<i>pág. 311</i>
1. Puede el testador revocar los legados cuantas veces quiera , , , ,	311
2. Se entienden revocados por enemistad capital , , , , ,	id.
3. Cando perece sin culpa del heredero , , , , ,	id.
4. Se revoca tambien por enagenacion de la cosa legada , , , ,	id.
5. Por trasformarse de modo que parezca otra diversa , , , , ,	id.
6. Caso especial del legado de un carro, 311 y , , , , ,	312
7. Caso de que el testador empeñe ó hipoteque la cosa legada , , , ,	id.
8. No hay revocacion cuando se lega la cosa ó su valor y ésta se enagena ,	id.
9. Cual fué el objeto de la cuarta falcidia , , , , ,	id.
10. Cuando tiene lugar , , , , , , , ,	id.
11. Casos en que no puede deducirse , , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO III.

<i>Del derecho de acrecer en los legados.....</i>	<i>pág. 313</i>
1. ¿Cuándo tendrá lugar en las herencias? , , , , , , , ,	313
2. ¿Qué es derecho de acrecer y de no decrecer? , , , , , , , ,	id.
3. Es necesario que haya conjuncion , , , , , , , ,	id.
4. Diferentes especies de conjuncion , , , , , , , ,	id.
5. Reglas sobre el derecho de acrecer, 313 y , , , , , , , ,	314
6. Si los legatarios son conjuntos en la cosa, pasa sin carga el conjunto , , ,	id.
7. Caso que uno de los legatarios vendiese ó enagenase su parte, , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre el título de legados, pag. 314 hasta.....</i>	<i>317</i>
Reduccion de legados, , , , , , , , , , , , , ,	317

TÍTULO 11.

DEL USUFRUCTO EN LAS HERENCIAS Y LEGADOS.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. Razon de tratar aquí esta materia,	318
2. El usufructo en las herencias y legados es de la misma naturaleza que el general,	id.
3. ¿Puede el testador dispensar la fianza? 318 y	319
4. Puede dejar á uno ó á muchos el usufructo	id.
5. Puede legar á uno la propiedad	id.
6. Pertenece al usufructuario los frutos existentes	id.
7. También hace suyos los frutos recogidos,	id.
8. Cuando se lega el usufructo de una finca, se entiende que también se lega el de los instrumentos para su labor	id.
9. Si el testador tiene hijos solo podrá dejar en usufructo el quinto de sus bienes,	320
10. ¿En el usufructo de todos los bienes se comprenden los venales?	id.
11. Caso de que los cónyuges se instituyen mutuamente por usufructuarios, nombrando á otro por heredero	id.
12. El usufructuario universal debe satisfacer las deudas y legados	id.
13. En el usufructo también tiene lugar el derecho de acrecer, 320 y	321
14. Hay derecho de acrecer aun en el caso de que el conjunto repudiase su parte después de aceptada,	id.
15. Casos en que no tiene lugar este derecho,	id.

TÍTULO 12.

DE LOS CODICILOS.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. Fué muy útil su introducción en Roma, 321 y	322
2. ¿Qué es codicilo y quién puede hacerlo?	id.
3. Puede ser abierto ó cerrado	id.
4. Cosas que no pueden hacerse en codicilo	id.
5. Cosas que pueden hacerse, 322 y	323
6. Clausula codicilar	id.
7. ¿Cuándo se entiende puesta aunque se omita?	id.
8 y 9. Efectos que produce, 323 y	324
10. Puede uno morir con varios codicilos,	id.
11. ¿Cómo puede revocarse?	id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

Sobre la materia de los codicilos 324 hasta..... 326

TITULO 13.

DE LAS SOLEMNIDADES PARA LA APERTURA DE TESTAMENTOS, Y PREVENCIONES
A LOS ESCRIBANOS.

CAPÍTULO I.

De las diligencias que deben practicarse para la apertura de testamentos y codicilos cerrados y para reducir á instrumento público los abiertos.....

1.	Término en que debe presentarse el testamento , , , ,	327
2.	Puede pedir por sí el interesado que se abra y publique , , , ,	id.
3.	Debe procederse al exámen de los testigos y reconocimiento de sus firmas 327 y , , , , , , , , , , , , , , , ,	328
4.	Caso de que no puedan ser habidos dichos testigos , , , ,	id.
5.	Caso de haber fallecido los mismos ó ignorarse su paradero, 328 y , ,	329
6.	Debe darse traslado íntegro á los herederos del testamento , , , ,	id.
7.	Caso en que no debe darse , , , , , , , , , ,	id.
8.	No puede celebrarse pacto ni contrato antes de la publicacion del testa- mento , , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
9.	Diligencias para llevar á efecto el testamento nuncupativo , , , ,	id.
10.	Caso de que el testamento estuviese dispuesto en cédula ó esquila simple- mente sin concurrencia de escribano 329 y , , , , , , , , , ,	330

CAPÍTULO II.

*Previsiones á los escribanos para el acierto en esta materia de
últimas voluntades.....*

1. Debe instruir al testador de lo que las leyes previenen , , , ,	330
2. Cláusulas que no serian válidas, 330 y , , , , ,	331
3. Puede el testador prohibir que se abra su testamento cerrado ó abierto ,	id.
4. Cláusula que se acostumbra en tales casos , , , , ,	id.
5. Puede ser en parte abierto y en parte cerrado , , , , ,	id.
6. Forma en que puede el testador nombrar heredero, 331 y , , , ,	332
7. No debe el escribano designar persona al testador, , , , ,	id.
8. Otorgamiento del testamento de uno que está convulso y no puede hablar	id.
9. Otorgamiento del de un loco con lucidos intervalos, 332 y , , , ,	333
10. Caso de que el testador no entienda el idioma, , , , ,	id.
11. No puede el escribano autorizar el testamento cerrado en que es instituido heredero; pero sí el propio y el nuncupativo, 333 y , , , ,	334
12. ¿De que manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento, , , , , , , , , ,	id.
13. Puede otorgarse el testamento de dia ó de noche, 334 y , , , ,	335
14 y 15. Advertencia sobre el testamento de extranjeros, 335 y , , , ,	336

TITULO 14.

DE LA ADQUISICION DE BIENES POR SUCESSION INSTESTADA.

CAPÍTULO I.

Nociones preliminares sobre la materia.....pág. 336

1. ¿Qué es sucesion instestada? 336 y , , , , , , , 337
2. La ley tuvo en cuenta los sentimientos del hombre, , , , , id.
3. Casos en que tiene lugar, , , , , , , , id.
4. Modos de suceder , , , , , , , , id.

CAPÍTULO II.

Orden y reglas que deben observarse en la sucesion instestada....pág. 338

1. Personas llamadas á la sucesion , , , , , , , 338
2. *Primer orden de sucesion.*—Descendientes legítimos, 338 y , , , 339
3. Caso de dejar el difunto hijos y nietos , , , , , , , id.
4. Sucesion de los hijos legitimados por rescripto del príncipe , , , id.
5. Sucesion de los hijos naturales, , , , , , , id.
6. Sucesion de los espúrios , , , , , , , id.
7. Sucesion de los adoptados ó prohijados , , , , , , , id.
8. *Segundo orden de sucesion.*—Ascendientes legítimos, 339 y, , , 340
9. Sucesion de los padres á los hijos naturales , , , , , , id.
10. Sucesion del padre al hijo espúrio , , , , , , , id.
11. La reciprocidad no tiene lugar en la adopcion, , , , , , id.
12. *Tercer orden de sucesion.*—Colaterales hasta el cuarto grado inclusive, , id.
13. Modo de proceder á la averiguacion de éste, 340 y , , , , 341
14. En la sucesion colateral se atiende á la proximidad del parentesco , , id.
15. Los hermanos bilaterales son los primeros llamados , , , , id.
16. En su defecto los unilaterales, , , , , , , id.
17. A falta de hermanos y sobrinos suceden los demás colaterales , , id.
18. Caso de que el instestado fuese hijo natural y no dejase descendientes ni madre, 341 y , , , , , , , 342
19. Los espúrios no suceden á los parientes del padre , , , , , id.
20. *Cuarto orden de sucesion.*—Los hijos naturales con respecto al padre, , id.
21. *Quinto orden de sucesion.*—El cónyugo sobreviviente : , , , id.
22. Esta sucesion no perjudica el derecho de la viuda á la cuarta marital, , id.
23. *Ultimo orden de sucesion.*—El Fisco , , , , , , , id.

CAPÍTULO III.

De la sucesion de los bienes troncales.....pág. 343

1. Es costumbre en algunos pueblos que vuelvan los bienes al tronco , , 343
2. Requisitos para que tenga lugar esta sucesion , , , , , id.
3. Bienes que deben volver al tronco , , , , , , id.
4. Entre estos bienes se cuentan tambien los censos, 343 y , , , 344
5. Este fuero no se amplia á los bienes que están fuera del territorio , , id.
6. El heredero troncal debe pagar á medias las deudas del difunto, , id.
- 7 y 8. Advertencia sobre las herencias abintestato , , , , , , id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre el título de sucesion intestada, 344 hasta	, , , , ,	348
Cualidades para suceder abintestato, 348 hasta	, , , , ,	350
Diversas clases de sucesiones, 350 hasta	, , , , ,	356
Sucesiones irregulares, 356 hasta	, , , , ,	360

TITULO 15.

DE LOS BIENES RESERVABLES.

CAPÍTULO I.

De los casos en que tiene lugar la reservacion, y de los bienes que están sujetos á ella..... pág. 361

1. Causa de la introduccion de las reservas , , , , , 361
2. Los nietos y demás descendientes tienen tambien este derecho , , , id.
- 3 al 7. ¿Que se entiende por bienes reservables y cuáles lo son? 361 y , 362
8. Como garantía de este derecho están tácitamente hipotecados los bienes del cónyuge que sobrevive , , , , , id.
9. La viuda que se casa está obligada á afianzar, aunque su difunto esposo la hubiere nombrado en su testamento tutora y curadora de sus hijos , , , , , id.
10. No tiene lugar esta doctrina con respecto al padre, , , , , id.
11. La propiedad de los bienes reservables la tiene el cónyuge que sobrevive mientras permanece en estado de viudez, 362 y , 363
12. Diferencia que hay en esto entre el viudo y la viuda , , , , , id.
- 13 y 14. Resolucion de varias cuestiones , , , , , id.

CAPÍTULO II.

De los casos en que no tiene lugar la reservacion..... pág. 364

1. Cuando los bienes recayeron en el hijo por otro título que no sea de sucesion de su ascendiente, , , , , 364
2. Segun algunos autores tampoco está la madre obligada á reservar los bienes que el hijo la dejó en su testamento con título de institucion ó legado , , , , , id.
3. Cesa tambien cuando el marido dió á la muger alguna cosa en premio de sus prendas, , , , , id.
4. Si hubiere precedido licencia del soberano para contraer matrimonio, opinan algunos autores que tampoco tiene lugar, 364 y , 365
5. Tambien escluyen de esta obligacion á la muger que se casó segunda vez con licencia del marido. Poco fundamento de esta opinion, , , , id.
6. ¿Quedaré la madre exenta de esta obligacion con la licencia de los hijos? , id.
7. Los bienes gananciales están exentos de reserva , , , , , id.
8. En los casos en que la madre no está obligada á reservar, hace suyos los bienes que heredó de los hijos ó del marido , , , , , id.
9. La obligacion impuesta á la madre de reservar la propiedad no procede con respecto al usufructo, , , , , id.

10. Aunque la madre viuda herede á un hijo y se case despues con otro, no pier-
de por eso ni debe restituir el usufructo, 365 y , , , , , 366
11. Tampoco por la segundas nupcias pierde la muger el usufructo que el ma-
rido la dejó de sus bienes id.

TÍTULO 16.

DE LOS MAYORAZGOS, DE LOS PATRONATOS Y CAPELLANÍAS.

CAPÍTULO I.

Derecho antiguo: mayorazgos regulares..... pág. 366

- | | | | | | | | | | |
|-----|--|---|---|---|---|---|---|---|-----|
| 1. | Definición del mayorazgo, 366 y | , | , | , | , | , | , | , | 367 |
| 2. | Todo mayorazgo se considera regular en caso de duda, | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 3. | Son por naturaleza indivisibles, | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 4. | La sucesión de los mayorazgos es perpétua en todos los descendientes del fundador, | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 5. | Los bienes de los mayorazgos eran por su naturaleza inenajenables, | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 6. | Circunstancias que deben tenerse presentes en los mayorazgos | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 7. | Los hijos legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio, son llamados á la sucesión, 367 y | , | , | , | , | , | , | , | 368 |
| 8. | La proximidad del parentesco se considerase respecto del último poseedor | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 9. | A éste no sucede por derecho hereditario sino de sangre, | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 10. | Muerto el poseedor pasa al sucesor la posesión civil y natural de todos los bienes | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 11. | Todas las mejoras hechas en cosas de mayorazgos, ceden á éste, 368 y | , | , | , | , | , | , | , | 369 |
| 12. | Todas las reglas en los mayorazgos ceden á la voluntad del fundador, | , | , | , | , | , | , | , | id. |

CAPÍTULO II.

De los mayorazgos irregulares..... pág. 369

- [illegible]

CAPÍTULO III

Del orden de sucesion en los mayorazgos; de las obligaciones del poseedor, y causas porque se pierde..... pág. 372

1. En la sucesion de los mayorazgos se cuentan los grados segun el derecho civil , , , , , , , , , , , , , , , , 372

- 2 al 8. Explicacion del árbol genealógico, 372 y, , , , , , 373
9. El poseedor del mayorazgo debe cumplir las condiciones posibles y honestas impuestas en la fundacion, 373 y, , , , , , 374
10. Obligacion del poseedor acerca de la pérdida ó deterioro que sufrieren los bienes vinculados, 374 y, , , , , , id.
11. Está obligado el poseedor al pago de todos los censos, tributos y cargas de los bienes vinculados, , , , , , 375
12. Distincion que debe hacerse en cuanto á las espensas que haga el poseedor por causa de mayorazgo, , , , , , id.
13. Causas porque puede perderse el mayorazgo, , , , , , id.

CAPÍTULO IV.

De los modos de probar la vinculacion de los bienes, y de los medios para obtener la posesion del mayorazgo vacante..... pág. 376

1. Espónense cuáles sean estos modos, , , , , , 376
2. Advertencias sobre los mismos, , , , , , id.
3. ¿En qué términos deben hacer la deposicion los testigos, , , , , id.
4. Sobre si deberá ó no admitirse otro género de prueba, , , , , id.
5. Modo de buscar las agregaciones hechas á un mayorazgo, , , , , id.
- 6 al 9. Noticia sobre el artículo de administracion del mayorazgo y de la tenuta, 377 y, , , , , , 378

CAPÍTULO V.

De los patronatos..... pág. 378

1. ¿Qué cosa es patronato, y en qué consiste este derecho? 378, y, , , , 379
2. Dividese el patronato en hereditario, gentilicio y misto. Varias subdivisiones del mismo, , , , , , id.
3. Otra subdivision en eclesiástico, laico y misto, , , , , id.
4. El derecho de patronato es indivisible y se adquiere originariamente de cinco modos, , , , , , id.
5. Pueden ser patronos clérigos, legos, hombres y mugeres, adultos ó impúberos. 379 y, , , , , , 380
6. Los patronos eclesiásticos tienen seis meses para presentar, y los seglares cuatro, á excepcion del patronato misto, en que legos y eclesiásticos tienen aquel plazo, , , , , , id.
7. El patrono eclesiástico no puede hacer mas que una presentacion en cada vacante; pero no así el lego, pues tiene facultad de presentar á varios sugetos, entre quienes elige el obispo, 380 y, , , , , 381
8. Cuando el patrono es una corporacion, deben ser convocados al acto de presentar todos sus individuos, , , , , , id.
9. Si el derecho de presentar corresponde á varios sugetos que no forman corporacion, obtiene el beneficio el que reúne mayor número de votos, , id.
10. Dada la institucion al presentado, cesan las facultades del patrono, , , 382
11. Si interviene algun interés á favor del patrono, es simoniaca la presentacion, , , , , , id.
12. ¿Cuándo la sucesion del patronato se verifica por cabezas, y cuándo por ramas?, , , , , , id.

- | | |
|---|-------------------|
| 13. ¿Quiénes no pueden ser patronos? | 382 |
| 14. ¿Por cuantas causas se trasfiere á otros el derecho de patronato? | id. |
| 15. ¿Por qué medios se estingue este derecho? | 382 y , , , , 383 |

CAPÍTULO VI.

De las capellanías. pág. 383

- | | |
|---|-------------------------------|
| 1. ¿Qué es capellanía y de cuántas especies las hay? | 383 y , , , , 384 |
| 2. Circunstancias de las capellanías mercenarias en que el capellan administra sus bienes | id. |
| 3. En ellas no hay necesidad de otro título que el simple nombramiento del patrono, | 384 y , , , , , , , , , , 385 |
| 4. Dichas capellanías no pueden convertirse en colativas, ni prestar título para ordenarse si no lo espresa su fundacion, | id. |
| 5. ¿Cuáles son las capellanías colativas y qué circunstancias concurren en ellas, | 385 y , , , , , , , , , , 386 |
| 6. ¿Qué se entiende por capellanías gentilicias? | id. |
| 7. ¿Quiénes no pueden ser ordenados á título de capellanía colativa? | 386 y , 387 |
| 8. Las capellanías laicales y colativas pueden fundarse por contrato y por testamento, | id. |
| 9. Disposiciones eclesiásticas en orden á los requisitos que deben tener las capellanías para poderse ordenar á título de las mismas, y demás que comprende la bula de Inocencio XII, | id. |
| 10. ¿Cómo se suceden en las capellanías colativas? | 387 y , , , , 388 |

CAPÍTULO VII.

De las disposiciones novísimas acerca de las materias de este título pág. 388

- | | |
|---|---------------------------|
| 1. Supresion de las vinculaciones, prohibicion de fundarlas en lo de adelante, libertad de los bienes de las que existian, y fecha desde que deben comenzar á regir estas disposiciones, | 388 y , , , , , 389 |
| 2. Los poseedores solo pueden disponer de la mitad de los bienes, reservando la otra para el inmediato sucesor; y partiendo tambien los gravámenes, | id. |
| 3. Requisitos para hacer válida la division y enagenacion de los bienes vinculados | 389 y , , , , , , , , 390 |
| 4. Cómo se han de entender las disposiciones anteriores en los fideicomisos familiares y mayorazgos electivos, | id. |
| 5. Lo dicho no tiene lugar en las vinculaciones sobre que haya juicio pendiente en cualquier punto que ponga en duda el derecho del poseedor, | 390 y 391 |
| 6. La supresion de los mayorazgos y libertad de sus bienes no perjudican á las pensiones, alimentos y consignaciones con que estuvieren gravados de cualquier modo, y deberán pagarse á prorata de las dos mitades, | id. |
| 7. Las preeminencias y prerogativas de honor en los mayorazgos suprimidos, siguen el orden de sucesion prescripto en las fundaciones, | 391 y , , 392 |

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Acerca de los mayorazgos pág. 392.

Desfalco que causan á la felicidad general, 392 y , , , , , 393

Perjuicios á la industria, 393 y	394
Males morales, 394 y	395
Injusticia de sus efectos, 395 y	396
Ninguna necesidad para lo político, 396 y	397

TÍTULO 17.

DEL INVENTARIO Y TASACION DE LOS BIENES HEREDITARIOS.

CAPÍTULO I.

<i>Que sea inventario; sus efectos y requisitos</i>	pág. 397
1. Sin inventario ni tasacion es imposible una division justa y arreglada,	397
2. Que sea inventario y objeto de su introduccion,	id.
3. Hay cuatro clases de inventarios	398
4 al 9. Requisitos necesarios para que el inventario solemne sea válido y produzca los efectos de tal,	398 y 399
10. Para que corra contra el heredero el término legal dentro del cual ha de formar el inventario, es preciso que haya aceptado la herencia,	id.
11 al 15. ¿Qué clases de bienes deberán incluirse en el inventario	400
16 al 18. Caso de que los herederos disputasen sobre si debian ó no dividirse algunos bienes que se hallaren entre la herencia,	401
19. Caso en que el heredero hubiere sustraído alguna cosa de la herencia,	id.
20. Los bienes inventariados han de depositarse en poder de la persona que elijan los herederos, ó el mismo inventariante,	402

CAPÍTULO II.

<i>De las personas que están obligadas á hacer inventario, y efectos que éste produzca</i>	pág. 403
1. Clases de personas que están obligadas á hacer inventario solemne,	403
2. Cuando el heredero hace el inventario segun queda expresado en el capitulo anterior, no está obligado á mas de lo que alcance la herencia,	id.
3. El tutor ó curador están obligados á hacer inventario solemne,	id.
4. Si los menores tuviesen habilitacion para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario,	id.
5. El padre que tiene en su poder á sus hijos, no está obligado á hacer inventario solemne,	id.
6. Basta que haga una descripcion exacta de todos los bienes del hijo ante escribano y dos testigos,	404
7. Si tuviere el padre bienes raices, podrá hipotecarlos, especialmente á la responsabilidad de los maternos de sus hijos,	id.
8. Estando los hijos casados pueden partir con sus padres los bienes que haya dejado su madre,	id.
9. Obligacion de hacer descripcion de bienes que tiene uno de los cónyuges sin hijos, cuando sin haberse instituido recíprocamente por herederos se apoderase de todos sus bienes y los del consorte difunto,	id.

10. Obligacion del usufructuario á hacer inventario, , , , , ,	405
11. ¿Cuándo y de qué modo estará obligado el fisco á hacer inventario? , ,	id.
12. Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él, fueron de aquel por cuya muerte se hizo, , , , , ,	id.
13. Limitacion de la doctrina anterior , , , , , ,	id.
14. El inventario no prueba contra un tercero, , , , , ,	406
15. Podrá el heredero ó el que formalizó el inventario contravenir ó reclamar la declaracion del difunto en la que al tiempo de morir manifestó que dejaba tales bienes? , , , , , ,	id.
16. ¿Aprovechará el inventario á los demás sin cuya intervencion se hizo? ,	id.
17. Por la mera formacion de inventario no se contempla aceptada la herencia,	id.

CAPÍTULO III.

De las penas en que incurre el heredero por omitir ú ocultar maliciosamente bienes de la herencia, y modo de proceder en el juicio de ocultacion..... pág. 407

1. No se vicia el inventario por el fraude que comete el heredero; pero queda éste sujeto á la pena, , , , , ,	407
2. Requisitos necesarios para que tenga lugar esta pena, , , , ,	id.
3. Modo de hacer la prueba de ocultacion, , , , , ,	id.
4. El que alega la ocultacion debe probar el dolo verdadero sin que baste el presunto, , , , , ,	id.
5. Modo de eximirse de la pena el heredero ocultante, , , , ,	id.
6. La accion penal de ocultacion no tiene lugar contra los herederos del ocultante, y casos en que tampoco tiene lugar dicha accion, , , ,	408
7. Si uno de los herederos sustrajese alguna cosa de la herencia despues de aceptada, se presume que la tomó en cuenta de su parte, , , ,	id.
8. Si ocultase bienes de la herencia estando yacente ó sin aceptar, no podrá ser reconvenido por dicha accion; pero se le pondrá la pena que allí se espresa, , , , , ,	id.
9. ¿Ante qué juez debe entablarse el juicio de ocultacion? , , , ,	id.
10. El juicio de ocultacion es ordinario, , , , , ,	id.

CAPÍTULO IV.

Del lugar donde debe hacerse el inventario y juez á quien compete el conocimiento de estos negocios..... pág. 409

1. Debe hacerse el inventario en el domicilio del difunto y ante su juez, ,	409
2. Caso de que el difunto tuviere dos domicilios, , , , , ,	id.
3. Si un seglar nombra varios herederos y alguno ó mas de ellos fueren eclesiásticos, debe conocer de esta testamentaria el juez secular, , ,	id.
4. También competirá á éste el conocimiento si el testador y el heredero fueren clérigos ó el clérigo heredare al lego, , , , , ,	410
5. Los jueces eclesiásticos no deben por regla general entender en inventarios, secuestros, administracion de bienes ni de nulidad de testamento, ,	id.
6. ¿A qué juez toca el conocimiento de las testamentarias de los militares difuntos? , , , , , ,	id.
7. ¿Y á quién el de las testamentarias de los factores de la provision del ejército? ,	411



- 8 hasta 24. Noticia sobre el juzgado de bienes de difuntos que antiguamente existió en México, 411 al , , , , , , , , 424

CAPÍTULO V.

De la tasacion de bienes hereditarios.....pág. 416

1. Será nulo el inventario siempre que no se especifique con claridad y precision el precio, medida, número y calidad de las cosas inventariadas, , 416
2. Inventariados los bienes debe procederse á su tasacion, aunque es mejor hacerla al mismo tiempo que el inventario, , , , , , , , id.
3. El aprecio debe hacerse por uno de varios peritos, , , , , , , , id.
4. Cualidades que éstos deben tener, , , , , , , , 417
5. El juramento de estos peritos es propiamente de creencia, , , , , id.
6. Si los peritos son públicos pueden ser obligados á aceptar su encargo y hacer la tasacion, , , , , , , , , , , , , , id.
- 7 y 8. Como se ha de hacer la tasacion , , , , , , , , id.
9. Si los peritos fuesen nombrados por el juez podrán ser recusados bajo el mero juramento de que se les tiene por sospechosos, , , , , id.
10. El tercero en discordia debe ser nombrado por los mismos interesados ó por el juez si éstos no se conformaren, . , , , , , , , 418
11. ¿Qué deberá hacer el juez si los primeros nombrados y el tercero en discordia no se conformasen? , , , , , , , , id.
12. El tercero en discordia no está obligado á conformarse con el dictámen de los otros, porque sean mas en número, , , , , , , , , , id.
13. Si fueren muchos los peritos y estuviesen discordes ¿á cuál de ellos debe darse crédito, , , , , , , , , , , , , , id.
14. No pueden los peritos delegar á otro su encargo ó comision, , , , , 419
15. Caso de que los peritos por ignorancia ó malicia hicieren injustamente la tasacion, , , , , , , , , , , , , , id.
16. Para que el juez acceda á la reduccion de la tasa no basta que uno de los herederos se queje del aprecio como injusto, , , , , , , , id.
17. ¿Qué deberá hacer el heredero que siendo pobre impugnar la tasacion y los coherederos no quisieren hacer puja ni consentir en que los bienes se le adjudicasen por el aprecio de la tasa? , , , , , , , , id.
18. Si se vendieren algunos bienes de los tasados y el heredero ofreciese menos de la tasa, debe ser preferido á un extraño que prometiére mas al fiado, id.
19. ¿Qué deberá hacerse cuando una finca no admite cómoda tasacion? , , id.
20. La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia se ha de hacer luego que estén tasados y antes que se proceda á la division, , , , , 420
21. Consentido por los herederos el aprecio de los bienes hereditarios y hecha á cada uno su respectiva adjudicacion, no puede reclamar contra la tasa á pretexto de haber sido perjudicados, , , , , , , , id.
22. Si una alhaja estuviere notoriamente apreciada en mucho mas de su justo valor y los contadores se la adjudicasen á uno de los herederos sin sortearla, podrá el que se sintiere agraviado ocurrir al juez, , , , , id.
23. El aprecio hecho por los tasadores no perjudica regularmente á los acreedores ni legatarios, , , , , , , , , , , , , id.
24. Cuando un tercer poseedor tuviere que devolver los bienes que el difunto le vendió ó donó á fin de pagar alguna deuda privilegiada, no estará obli-

- gado á pasar por la tasacion, que se haya hecho de los mencionados bienes, , , , , , , , , 420
25. Si el testador legare á alguno cierta alhaja graduando su valor y mandare que por éste se le entregue, habrá sin embargo necesidad de inventariarla y tasarla para saber su precio, , , , , , , , id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre inventarios pág. 421 y..... 422

TÍTULO 18.

DE LA DIVISION DE LOS BIENES HEREDITARIOS.

CAPÍTULO I.

*De las personas que pueden pedir la particion y modo de pro-
ceder á ella*.....pág. 423

1. Objeto de la particion y su definicion, , , , , , , , 423
2. De qué cosas puede hacerse la division y particion, , , , , , id.
- 3 al 6. Modos como puede hacerse y casos en que no es necesaria la intervencion judicial, 423 al, , , , , , , , 425
- 7 al 9. ¿Quiénes pueden pedir la particion? 425 y, , , , , , , , 426
10. Si los herederos presentes no hacen mencion del ausente, no vale la particion en cuanto á él, ni le perjudica, . , , , , , , , id.
- 11 al 13. ¿Qué deberá hacerse si uno de los herederos no posee al tiempo que viene el ausente la parte que á este cupo por haberla enagenado, ó por ser de aquellas que no pueden conservarse mucho tiempo? 426 y, , , , 427
14. ¿Ante que juez debe pedirse la particion? , , , , , , id.
15. La accion con que se pide la division de la herencia es mista de real y personal, , , , , , , , , , id.
16. Diferencia entre esta accion y la de particion de herencia, , , , , 428
17. Tiempo necesario para prescribir la accion de particion de herencia, , , id.
- 18 y 19. El juicio divisorio puede ser unas veces ordinario y otras sumario, , id.
20. Los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal la parte vendida si en la herencia hay bienes raices, , , , , , 429

CAPÍTULO II.

De los contadores y partidores.....pág. 429

1. Circunstancias que deben tener los contadores, , , , , , , , 429
2. Personas que pueden ser nombradas para hacer particiones, , , , , 430
3. Los que fueren nombrados contadores no pueden ser compelidos á aceptar su encargo, , , , , , , , , , id.
4. Siendo varios los herederos bastará un solo contador si se conviniere en ello, id.
- 5 y 6. Pueden ser recusados por las partes interesadas; modo en que se debe hacer esta recusacion y causas porque puede hacerse, , , , , id.
- 7 y 8. Resuélvese la cuestion de si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá ser recusado por la parte contraria, , , , 331

- | | | |
|-----------|--|-------------|
| 9. | Si discordasen los contadores nombrados por los herederos podrá procederse al nombramiento de un tercero en discordia, | 431 |
| 10. | Los contadores tienen la facultad para hacer la liquidacion y adjudicacion | 432 |
| 11 al 26. | Advertencias á los contadores para que procedan con justicia en la particion y adjudicacion de los bienes hereditarios | 432 al, 435 |
| 27. | Pueden los contadores ser compelidos ó hacer las adjudicaciones, | id. |
| 28 y 29. | Diligencias que deben practicarse para proceder á la particion | 435 y, 436 |
| 30. | Si les ocurriese alguna duda deberán consultarla al juez, | id. |
| 31. | Pueden los contadores enmendar el error que hubieren padecido y reformar su parecer para evitar controversias, | id. |

CAPÍTULO III.

De la particion de las cosas individuales, del censo vitalicio, personal, y de las fincas enfitéuticas..... pág. 437

- | | | |
|-----------|--|------------|
| 1. | ¿Cuáles son las cosas individuales? | 437 |
| 2 y 3. | Varios casos para la instruccion del contador? | id. |
| 4 y 5. | Caso de que todos los herederos quisieren alguna cosa perteneciente á la herencia, y de que ésta no admitiere cómoda division, | 437 y, 438 |
| 6. | Division del predio enfitéutico hereditario, | id. |
| 7. | La doctrina del párrafo anterior tambien tiene lugar cuando el enfitéusis se concedió á muchos con pacto espreso de que no se vendiese á otro, | id. |
| 8. | ¿Qué deberá hacerse cuando el padre llama á un hijo al goce del enfitéusis perpétuo? | id. |
| 9. | Caso de que alguno de los herederos enagenase su parte sin requerir primero al señor del dominio directo, | 439 |
| 10. | Las mejoras hechas en la finca enfitéutica son propias del que las hace, | id. |
| 11 al 14. | Se resuelve la cuestion siguiente: Si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfitéusis y libertando el dueño del dominio útil su finca afectada á él por tres laudemios y el duplo capital del cánón ó pension anual ¿podrá él quedarse con los tres laudemios ó á lo menos con uno? | id. |

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre la division de los bienes hereditarios, pág. 440 y..... 441

TÍTULO 19.

DE LA LIQUIDACION DEL CAUDAL INVENTARIADO.

CAPÍTULO I.

Deduccion de la dote..... pág. 442

- | | | |
|--------|---|------------|
| 1. | La primera deduccion que debe hacer el contador es la de la dote legítima y verdadera que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio, | 442 |
| 2 y 3. | ¿Cuándo debe hacerse la deduccion de la dote? opinion de algunos autores | 442 y, 443 |

4. La restitution de la dote debe hacerse segun la diferente especie de bienes que la constituyen, , , , , , , , , , , 443
5. Consistiendo el todo ó parte de la dote en crédito á favor de la muger, y siendo el padre el deudor, no debe responder el marido de la falta de cobro. , , , , , , , , , , id.
6. Distincion que habrá de hacerse si el deudor no fuere ascendiente, , , id.
7. Si se constituirá dotal la finca comprada por el marido con el dinero que su muger llevó en dote y cómo deberá hacer la aplicacion el contador, , 444
8. Qué debe tener presente el contador para saber porque precio ha de adjudicar á la muger estas fincas, consideradas como dotadas por la subrogacion, , , , , , , , , , id.
9. ¿Cómo deberá proceder el contador á la deducccion cuando la dote consiste en legado ánuo, pension, usufructo, bienes raices ó renta vitalicia, , 445
10. Si consistiere en empleo servidero por el marido, se considera como dote la mitad de la renta de los diez años y la otra pertenece al marido, , id.
11. De cualquier modo que se constituya esta especie de dote deberá arreglarse el contrato á la escritura dotal, , , , , , , , , id.
12. ¿Qué deberá practicarse en el caso de que el marido hubiese pasado á segundas nupcias y hubiere quedado á deber entrambas dotes, y no hubiese bienes bastantes para satisfacer una y otra? , , , , , 446
13. ¿Qué distincion se hará en el caso de que el marido hubiese dejado bienes suficientes y además hubiese gananciales , , , , , id.
- 14 al 17. Consideraciones que deberán tener presentes en el caso de que la segunda muger quisiere su porcion de gananciales, 447 y, , , , 448
18. Modo de hacerse la cuenta, cuando se hubiere dado á los hijos alguna cosa mas en razon de la legitima paterna, , , , , , , 449
19. Si la dote fuere confesada y esta confesion fuesa hecha en testamento despues de contraido el matrimonio no se tendrá por dote sino por legado, id.

CAPÍTULO II.

Deducccion de los bienes parafernales ó estradotales pág 450

1. Hecha la deducccion de la dote se procede al descuento de los bienes parafernales, , , , , , , , , , 550
2. ¿Qué deberá hacerse en el caso de que los bienes se hubieren consumido ó deteriorado con el uso? , , , , , , , , , id.
3. Si el marido hubiese enagenado los bienes parafernales de su muger con su consentimiento y el precio de ellos se invirtió en utilidad suya, no tiene derecho á pedirlo. , , , , , , , , id.
4. Aclaracion de la anterior doctrina, , , , , , , , id.
5. Caso en que el marido hubiese vendido dichos bienes sin el consentimiento de su muger por su justo precio, , , , , , , id.
6. Habiéndolos vendido en menos de su justo precio se debe distinguir si hay ó no gananciales, , , , , , , id.
7. No contentándose la muger con el precio en que su marido vendió sin permiso suyo los bienes parafernales, y queriendo el valor legitimo que éstos tenían ¿cómo deberá hacerse la deducccion? , , , , , 451
8. Si la muger pide no solo el valor legitimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de los frutos que desde

- la venta pudieron haber producido, deberá ser resarcida y en qué términos? , , , , , , , , , , 451
9. Duducidos los bienes dotales y parafernales se han de bajar del cuerpo del caudal los demás estradotales, , , , , , , , , , 452
10. Si en las capitulaciones matrimoniales ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare al marido á tener por aumento de ésta dichos bienes hereditarios, se deberán bajar cuando los dotales, y antes de los parafernales, , , , , , , , , , id.
11. Los frutos de los bienes parafernales se han de dividir entre ambos consortes por ser comunes á los dos, , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO III.

Deduccion del capital que el marido lleva al matrimonio, y de los bienes que durante éste heredó ó le legaron.....pág. 453

1. Despues de deducidos los bienes dotales y estradotales, ¿qué bienes se deben descontar del caudal inventariado, , , , , , , , , , 453
2. Si hubiere deudas que excedan al importe total, se deben deducir primero el capital del marido aunque parezca que hay gananciales, , , id.
3. Si las deudas consumieren el capital y gananciales, no se proratearán entre el marido y la muger, , , , , , , , , , id.
4. Habiendo gananciales se ha de deducir el importe de los capitales de ambos cónyuges y el de las deudas, , , , , , , , , , id.
- 5 y 6. Si los bienes llevados por el marido al matrimonio consisten en número, peso ó medida, y se consumieron. ¿Los perderá éste? , , , , 454
7. ¿Si deberá deducirse el valor del ganado productivo que llevó el marido y que despues se murió ó vendió?, , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO IV.

Deduccion de las deudas.....pág. 455

1. Las deudas legítimas contraídas durante el matrimonio han de pagarse de los gananciales, , , , , , , , , , 455
2. Las contraídas antes del matrimonio por cualquiera de los consortes, no deben rebajarse del caudal comun, , , , , , , , , , id.
3. Modo de deducir las deudas que tengan contra sí cada consorte, , , id.
4. Si cualquiera de los cónyuges no hubiese llevado al matrimonio sino deudas, éstas se deducirán de su porcion de gananciales, , , , , , id.
5. Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sugeto una cantidad, ¿deberá deducirse del cuerpo de bienes? , , , , 456
6. Entre las deudas que deben bajarse del caudal comun se cuentan los salarios de los criados , , , , , , , , , , id.
7. Se han de bajar tambien los gastos útiles y necesarios que hizo alguno de los herederos en mejorar y reparar los bienes comunes de la herencia, , id.
8. Si alguno de los herederos, estando los demas ausentes, hiciese algunos gastos en defender la herencia, cuando otro pretendiera quitársela, deben abonárselos los demás, , , , , , , , , , 457
9. Si el heredero presente pidiese la herencia para sí, creyendo que no hay otro heredero, ¿qué hará si luego apareciese alguno, , , , , id.

10. ¿Qué deberá hacerse si alguna de las fincas estuviese gravada con censo enfitéutico ó perpetuo? , , , , , , , , , 457
11. No deben bajarse del caudal lo que cada consorte hubiese gastado en alimentar á sus respectivos padres pobres, , , , , , , , id.
12. ¿De dónde deben deducirse los gastos de inventario, particion y demás que ocurran? , , , , , , , , , 458
13. Los herederos tienen obligacion de pagarlos á prorata de los bienes que les hubieran tocado, , , , , , , , id.
14. ¿Quién habrá de satisfacer los emolumentos de discernimiento de tutela, curaduría y defensa del menor, , , , , , , , id.

CAPÍTULO V.

Deduccion de las arras, joyas y luto de la viuda y herederos del difunto pág. 458

1. Entre las deudas particulares y privativas del marido, se incluyen las arras que ofreció á su futura muger, , , , , , , , 458
2. Cantidad que puede darse y ofrecerse en arras , , , , , , 459
3. La décima parte que el marido ofrece, puede consignarla en finca determinada, ó en el total de bienes ó en los mejores que tenga , , , , id.
4. La ley del fuero que marca la porcion que puede darse en arras, no puede renunciarse por ser ley prohibitiva, , , , , , , , 460
- 5 6 y 7. Si el esposo ofrece á la esposa el quinto de sus bienes para que lo reciba por via de arras, donacion ó de cualquiera otro modo, lo percibirá todo la muger, , , , , , , , id.
8. Para hacer con el debido acierto la deduccion de las arras del primer matrimonio, ¿qué deberá tener presente el contador? , , , , , 461
9. ¿Qué distincion será necesario hacer en el caso de haber mediado solo promesa del marido, y no entrega, ya en el mismo contrato dotal, ya en otro separado, , , , , , , , id.
10. Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la muger, se la deba aplicar el usufructo de las arras y no la propiedad, ¿y por qué? id.
11. Lo dicho sobre la deduccion de las arras, se entiende cuando el marido al contraer matrimonio era soltero ó viudo sin hijos, , , , , , id.
12. ¿Cómo deberá hacerse la deduccion de las arras en el caso de que el marido se hubiese casado varias veces, y á todas sus mugeres se las hubiese prometido? , , , , , , , , 462
13. Si el marido hubiese ofrecido arras y tambien diese joyas á su esposa, ésta no tendrá derecho sino para escoger una de las dos cosas solamente, , , id.
14. Los herederos del difunto deben dar el vestido de luto á la viuda, , , id.
15. Pero no tendrá lugar cuando el testador manda espresamente lo contrario, ó no hubiere esta costumbre en el pueblo, , , , , , id.
16. Opinion de algunos autores que dicen que el luto se ha de deducir del quinto, 463
17. Los herederos deben costear su luto de su haber propio, y no del cuerpo del caudal inventariado, , , , , , , , id.
18. Disposiciones sobre esta materia, , , , , , , , id.
19. El vestido usual ú ordinario de la viuda, no se ha de inventariar, , , 464
20. Este se le debe dejar aunque no lleve dote ni haya gananciales, ¿y por qué? id.

21. Corresponde al juez la graduacion de los vestidos de lujo, ó que solo usaba la muger por lucimiento en ciertos dias, , , , , , , , 464

TÍTULO 20.

DE LA DIVISION DE GANANCIALES.

CAPÍTULO I.

Division de estos bienes entre un cónyuge y los herederos del difunto.....pág. 465

1. Deducidos los bienes que el marido y la muger acrediten haber llevado á la sociedad conyugal, debe dividirse entre ambos todo lo demás como gananciales , , , , , , , , , , , , , 465
- 2 al 4. Modo de dividir entre éstos la estimacion de los oficios de escribano que comprare el marido durante el matrimonio, , , , , , , , id.
5. ¿Cómo se hace la particion de la finca patrimonial que durante el matrimonio compra el marido por derecho de retracto y de la que adquiere por el pacto de retroventa? , , , , , , , , , , , , , 466
- 6 y 7. Si el usufructo ó renta vitalicia que la muger lleva al matrimonio es comunicable al marido como frutos conyugales ó está obligado á restituirlos como bienes dotales, , , , , , , , , , , , , id.
8. Por muerte del marido se acaba la sociedad que sobre alguna negociacion tuviere; pero puede renovarse entre el sócio, la viuda y los herederos, , 467
9. Si el marido hubiese sido arrendador de rentas nacionales, y al tiempo de su muerte no hubiere espirado su arrendamiento, deberán comunicarse á la viuda las utilidades ó pérdidas que haya, , , , , , , , id.
10. Si habiendo sido el marido comerciante prosiguiera su viuda en el mismo comercio, se presume que continúa la misma negociacion, , , , , id.
11. ¿Disuelto el matrimonio podrá la muger repetir de los deudores y terceros poseedores sin recibo del marido, la mitad de los gananciales y créditos que le corresponden? , , , , , , , , , , , , , id.
12. ¿A qué está obligado el marido si la muger ó sus herederos probasen que enagenó los gananciales con ánimo de defraudarla? , , , , , , , , 468
- 13 al 15. ¿Si el marido hubiere donado ó consumido los gananciales en juegos ó en otros vicios, tendrá la muger accion contra sus bienes por la parte que donó ó disipó? , , , , , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO II.

De la division de los gananciales cuando hay hijos de diferentes matrimonios pág. 469

1. ¿Qué deberá hacerse para distribuir debidamente los gananciales habiendo hijos de dos ó mas matrimonios?, , , , , , , , , , , , , 469
2. Constando los bienes de cada uno por los correspondientes documentos, y habiendo caudal bastante, no hay dificultad en hacer la particion , , , id.
3. No constando qué bienes llevaron al matrimonio el marido y la primera muger, pero si los que quedaron por muerte de ésta, se reputan gananciales, 470

4. Constando los bienes que hubieren quedado al fallecimiento de la primera muger ¿qué descuento debe hacerse? , , , , , , , 470
5. Si constare que la primera muger llevó dote mas no los bienes que que-
daron á su fallecimiento, ¿qué deducciones deben hacerse? , , , , id.
6. Si hubiese llevado el marido al segundo matrimonio bienes suficientes para
satisfacer cuanto pertenece á los hijos habidos en el primero, y hubiere
dado algo á éstos, ¿cómo deberá hacerse la cuenta? , , , , id.
7. ¿De qué modo se hará ésta cuando el padre hubiere dado á los hijos del
primer matrimonio algo mas de lo que les correspondia por el haber pa-
terno? , , , , , , , , , , 471
- 8 y 9. Si el padre habiéndose casado dos ó mas veces no hubiese hecho parti-
cion ni inventario, ¿qué deberá hacerse? , , , , , , , id.
10. Para que los hijos del primer matrimonio perciban algo que dicen corres-
ponderles por razon de gananciales, es menester que lo prueben plena-
mente , , , , , , , , , , 472
11. Para justificar que algunos bienes adquiridos en el primer matrimonio son
gananciales, no bastará probar que se compraron durante él, , , , id.
12. Cuando no se hizo ningun pacto acerca de los gananciales, se tendrá pre-
sente para su division la costumbre del pueblo , , , , , id.

CAPÍTULO III.

*¿Si deberán pagarse de los gananciales las dotes y donaciones prop-
ter nuptias?.....* pág. 473

1. Las dotes y donaciones propter nuptias se pagan de los bienes gananciales, 473
2. Si el padre solo dió ó prometió dote á su hija ó capital al hijo, sin que la
madre preste su consentimiento, se pagará de los gananciales, , , id.
3. Si á consecuencia de la dote ó donacion que ofrecieron entrambos conyu-
ges, entregaren al hijo ó á la hija alguna finca propia de cualquiera de
ellos, se entenderá que la dote ó donacion fué hecha de los bienes gan-
anciales , , , , , , , , , id.
4. Si habiendo prometido dotar el padre y la madre, renunciase ésta los ga-
nanciales, ¿estará obligada á cumplir su promesa? , , , , id.
5. Si la promesa fué hecha en pueblo donde por costumbre no se comuniquen
gananciales á la muger, no tendrá la espresada obligacion, , , id.
6. No habiendo gananciales ¿de dónde se sacarán las dotes y donaciones prop-
ter nuptias? , , , , , , , , id.
7. Si la madre siendo curadora ó administradora de su hija, la dotase, se en-
tenderá que lo hace con los bienes de ésta, y no con los suyos , , , 474
8. Ofreciendo el padrastro ó la madrastra dotar ó hacer donacion á algunos
entendados, no estarán obligados al cumplimiento de la promesa sus bie-
nes propios , , , , , , , , id.
- 9 al 11. Resolucion de la duda si mejorando el padre á un hijo en el tercio de
sus bienes y en finca lucrada durante su matrimonio, ¿valdrá esta mejo-
ra en el todo, ó en la mitad correspondiente al mejorante? 474 y, , 475

CAPÍTULO IV.

*Division de las mejoras hechas por los conyuges en sus bienes li-
bres y vinculados.* pág. 476

1. Las mejoras hechas en el mayorazgo ceden al mismo mayorazgo, y no se

NUMS.	PÁGINAS.
consideran como gananciales , , , , , , , , , ,	476
2 y 3. ¿Cómo deben dividirse las mejoras hechas en los bienes libres de marido y muger?, , , , , , , , , ,	id.
4 y 5. Si el marido tendrá accion para repetir las mejoras hechas en las fincas dotales no estimadas, 476 y , , , , , , , , , ,	477
6. Si por gananciales resultan los gastos necesarios ó útiles hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos, , , , , , , , , ,	id.
7 y 8. Modo de dividir estas mejoras que se consideran como gananciales ,	id.
9. Para graduar de mayores ó menores los gastos hechos en las fincas dotales, se ha de atender al fin con que se ejecutaron , , , , , , , , , ,	478
10 y 11. Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento que sus herederos entreguen á la muger libremente lo que llevó al matrimonio, ¿deberán entregárselo con todos sus frutos y mejoras?, , ,	id.
12. ¿Si podrá el marido repetir los gastos que hubiere hecho en la enfermedad de su muger?, , , , , , , , , ,	id.
13. Si podrá repetir tambien los del funeral , , , , , , , , , ,	479

CAPÍTULO V.

De la division de los frutos procedentes de los bienes de marido y muger, disuelto que sea el matrimonio..... pág. 479

1. Los frutos de los bienes del marido y de la muger pertenecen por mitad á ambos cónyuges no solo cuando muere uno de ellos, sino tambien cuando al tiempo de su fallecimiento estaban manifestos y pendientes, , ,	479
2. ¿Qué distincion deberá hacerse cuando no están manifestos ni pendientes?	480
3. Estando la heredad barbechada cumple su dueño con pagar al otro cónyuge la mitad de los barbechos, y demás gastos hechos hasta entonces, ,	id.
4. ¿Qué deberá hacerse si los frutos fueren de rebaño de cualquiera de los cónyuges?, , , , , , , , , ,	id.
5 al 7. ¿Cómo deberá hacerse la division de los frutos pendientes de una finca que la muger hubiese llevado al matrimonio, muriendo ésta antes de recogerse aquellos?, 480 y , , , , , , , , , ,	481
8. En cuanto á las dos terceras partes de los frutos de los ocho meses restantes del año, el marido no percibirá ni aun en el concepto de legatario del tercio de los bienes de su muger , , , , , , , , , ,	id.
9. Para la deduccion de la tercera parte legada se han de valuar no solo los bienes muebles y raices que la muger dejó, sino tambien el aumento que éstos recibieron con los frutos, , , , , , , , , ,	id.
10. Si el marido antes de contraer matrimonio hubiere percibido frutos del predio de la esposa serán estos un aumento de dote, , , , ,	id.
11. Llevando el marido al matrimonio algun fundo con frutos sezonados, aumentan éstos su capital, , , , , , , , , ,	482
12. Lo mismo se observará si el dueño del fundo falleciere acabada de hacer la recoleccion , , , , , , , , , ,	id.
13. Si los frutos estuvieren solamente manifestos en el fundo que heredó el marido ó la muger, el dueño de él llevará el valor que tenia cuando lo heredó , , , , , , , , , ,	id.
14. ¿Qué deberá practicarse cuando la heredad del marido ó la muger estuviere arrendada, y al tiempo del fallecimiento de su dueño tuviere frutos pendientes? , , , , , , , , , ,	id.

- 15 al 18. ¿Cómo deberá hacerse la division cuando los frutos pendientes que se han de partir son bienes vinculados ó de mayorazgo? 482 y , , 483
 19. No adquiere el marido el tesoro que encuentre en el fundo dotal, , , id.
 20. ¿Qué deberá tener presente en órden á las canteras ó praderas del espresado fundo dotal? , , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO VI.

¿Si los herederos del marido tienen obligacion de dar alimentos á la viuda mientras se hace la particion?..... pág. 484

1. Razon del método, , , , , , , , , , 484
2. Cuando la viuda queda embarazada se le deben dar alimentos de los bienes propios del marido, , , , , , , , , , id.
3. Esto tendrá lugar aun en el caso de no haber gananciales , , , 485
4. Precauciones que ha inventado la ley para evitar fraudes en este punto, , id.
5. No habiendo quedado embarazada pero sí con hijos en su casa, se ha de deducir del cuerpo del caudal lo gastado por todos sus alimentos, , 486
- 6 al 8. Si habiendo llevado la muger dote, se le debe dar alimentos mientras se le entrega, 486 y , , , , , , , , , 487
9. Pasado el año fijado por la ley para restituir la dote, no están obligados los herederos del marido á dar alimentos á la viuda de éste , , , 488
10. Aunque la muger haya llevado dote, si los frutos de ésta no alcanzan para alimentarla, únicamente deberán darle alimentos hasta el importe de sus frutos y no mas , , , , , , , , , , id.
11. ¿Si la viuda tendrá accion para pedir á los herederos de su marido el anticipo de los alimentos á cuenta del haber que la corresponde por su mitad de gananciales? , , , , , , , , , , id.
12. Si estando ausentes los herederos del marido su viuda vende algunos efectos, y luego pretenden éstos que reciba su valor en pago de su dote; ¿puede ella resistirse solicitando que sea en cuenta de sus alimentos? , , id.

CAPÍTULO VII.

¿Qué deberá tener presente el partidor para la adjudicacion del lecho cotidiano?..... pág. 489

1. El lecho cotidiano corresponde al consorte que sobrevive, , , , 489
2. ¿Qué se entiende por lecho cotidiano? , , , , , , , , id.
3. ¿De dónde se ha de deducir el lecho que la ley concede al viudo ó á la viuda? id.
4. Opinion de varios autores y razon en que se fundan, , , , , id.
5. ¿Si la viuda tendrá derecho al lecho cotidiano habiendo deudas y no gananciales? , , , , , , , , , , 490
6. ¿Qué deberá tenerse presente cuando el lecho se adquirió durante el matrimonio? , , , , , , , , , , id.
7. ¿Si en cualquier tiempo que el viudo ó la viuda se case deberá restituir el lecho á los herederos del cónyuge difunto ó podrá gozar su usufructo mientras viva? , , , , , , , , , , id.
8. Opinion de algunos autores que sostienen que los viudos pueden usar el lecho cotidiano aunque se casen en el año de viudedad , , , , id.
- 9 y 10. Errores en que incurren algunos partidores al adjudicar el lecho cotidiano , , , , , , , , , , 491

TÍTULO 21.

DE LA PARTICION DE BIENES ENTRE HEREDEROS LEGÍTIMOS.

CAPÍTULO I.

Modo de proceder á la particion de bienes del que murió con testamento entre sus descendientes legítimos, cuando no mejoró á ninguno de éstos..... pág. 492

1. No habiendo testamento ó aunque lo haya si el difunto no dividió sus bienes, se dividirán por iguales partes entre los herederos , , , , 492
2. El juez debe cumplir en un todo la voluntad del testador, no perjudicando á los hijos en su legítima, , , , , , , , , id.
3. Si el testador no hace la division de sus bienes la hará entonces el juez , 493
4. El juez debe hacer la adjudicacion en una ó mas cosas íntegras á cada heredero y no dejarlas proindiviso entre todos, , , , , , , , , id.
5. ¿En qué caso se hará lo particion aunque el testador prohiba hacerla?, id.
6. El padre puede revocar la particion entre sus hijos aun cuando les hubiere entregado los bienes divididos , , , , , , , , , id.
7. Casos en que tendrá lugar el derecho de acrecer en la legítima de los hijos, id.
8. Algunas dificultades que suelen ofrecerse sobre el quinto, que es la parte de que el padre puede disponer teniendo hijos ó descendientes legítimos , 494
9. Las donaciones pequeñas que hubiere hecho el padre en vida, no deben computarse en parte de dicho quinto, , , , , , , , , id.
10. Si el testador hubiere dejado dos quintos á personas estrañas ¿cuál de ellos será válido?, , , , , , , , , id.
11. Si el testador hubiere dejado un quinto á un descendiente legítimo y otro á una persona estraña, ¿serán válidos los dos?, , , , , , , , , id.
12. Si el testador lega dos veces el quinto á dos hijos ¿se dividirá éste entre ambos? , , , , , , , , , 495

CAPÍTULO II.

Gastos funerales que deben deducirse del quinto y otros de igual naturaleza..... pág. 496

1. ¿Cuáles se llaman gastos funerales? , , , , , , , , , 496
2. Estos gastos deben deducirse del quinto del caudal inventariado, , , , id.
3. Tambien deben deducirse de éste los gastos ó derechos de visitar el testamento , , , , , , , , , id.
- 4, 5 y 6. Constando que un ascendiente, teniendo descendientes legítimos, hizo celebrar en vida algunas misas ¿deberá deducirse la limosna de ellas del quinto ó del cuerpo del caudal? 496 y , , , , , , , , , 497
7. Si el testador carece de descendientes legítimos los referidos gastos deben deducirse del cuerpo de su propio caudal. Se mencionan los decretos que imponen á las herencias que no sean forzosas y á los legados la contribucion del seis por ciento, , , , , , , , , id.
- 8 y 9. Pero no deberán sacarse del caudal inventariado si dejó muger ó ésta marido, haya ó no descendientes legítimos, 497 y , , , , , , , , , 498
10. Si la herencia fuere tan corta que no alcance su quinto para los precisos

gastos funerarios, los pagarán los herederos de sus legítimas y no el con-	
sorte sobreviviente , , , , , , , , , ,	498
11. Legando el testador dos quintos á dos descendientes suyos, se deducirán de	
entrambos los espresados gastos, , , , , , , , , ,	id.
12. Si teniendo el testador descendientes legítimos legare el usufructo del quin-	
to á su muger ó un estraño y á los decendientes la propiedad, pagarán	
éstos los gastos de su funeral , , , , , , , , , ,	id.
13. ¿De dónde se deducirán dichos gastos en el caso de que instituyendo el tes-	
tador por herederos á sus hermanos por no tenerlos forzosos, dejan el	
quinto á un hijo suyo ilegítimo y no dispusiese nada acerca de su funeral?	id.
14. Si el el padre condenando en vida á dar alimentos á un hijo natural mien-	
tras viviere, dejare hijos legítimos y legare el quinto á uno de éstos ó á	
un estraño ¿deberá deducirse dichos alimentos del cuerpo de su caudal,	
ó habrá de pagarlos el legatario del quinto? , , , , , , , , , ,	499
15 y 16 Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un	
hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo ¿de cual de ellos habrán	
de deducirse los gastos funerales? , , , , , , , , , ,	id.
17. Si el testador dispuso del quinto en contrato irrevocable á favor de un hijo	
suyo ó estraño ¿de dónde se sacarán los gastos funerales? , , , , , , , , , ,	500
18 al 20. El juez puede en algunos casos compeler á los herederos estraños á	
suplir estos gastos , , , , , , , , , , , , , , , ,	501
21. ¿Si el donatario á quien el testador entregó irrevocablemente el quinto en	
vida, estará obligado á pagar el importe de las misas y legados y demás	
obras pías que aquel mandase hacer?, , , , , , , , , ,	id.
22. Si el padre despues de mejorar á un hijo hubiere comprado una capilla ¿de-	
berán deducirse del quinto ó del cuerpo de la herencia estos gastos? , , , , , , , , , ,	id.
23. Legando el testador á su muger ó á un hijo el quinto de sus bienes, y consi-	
guiéndolo en cierto fundo que le era equivalente ¿deberán deducirse del	
valor de él los gastos funerales, misas y legados píos? , , , , , , , , , ,	502

CAPÍTULO III.

Division de los bienes del testador cuando mejoró á alguno de sus descendientes.....pág. 502

1. Habiendo espuesto en su lugar la doctrina relativa á mejoras, solo resta	
tratar en este capítulo lo que tiene relacion con la division y adjudicacion,	502
2. Las mejoras se regulan por la estimacion que tienen los bienes del testador	
al tiempo de su fallecimiento , , , , , , , , , ,	id.
3. Siempre pue hubiere mejora, aunque se nombre primero el tercio que el	
quinto, deberá rebajarse antes este último, , , , , , , , , ,	503
4. Casos en que se deducirá el tercio antes que el quinto , , , , , , , , , ,	id.
5. Si el testador diere en vida á algun hijo cualquier finca entregándole la po-	
sesion de ella, se entiende que lo mejora tácitamente, , , , , , , , , ,	id.
6. ¿Qué deberá hacerse si mejorase el padre á uno de sus hijos en el tercio y	
no dispusiese del quinto?, , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
7. Si el padre mejorase por testamento á un hijo en el tercio de sus bienes	
mandando que de él pague los gastos de funeral, misas y legados, y no	
dispusiere del quinto, el hijo cumplirá la voluntad del testador, , , , , , , , , ,	504
8. Cuando son varios los mejorados, y fallece uno antes de aceptar, su parte	
pertenece á los demás por el derecho de acrecer, , , , , , , , , ,	id.

9. Pero si entrega la escritura de mejora, y el mejorado acepta aunque fallezca en vida del testador, no tendrá lugar el derecho de acrecer, , , 504

CAPÍTULO IV.

Division de los frutos de la mejora ó donacion..... pág. 505

1. Dificultades que pueden ocurrir en órden al modo de hacer la mejora, , 505
2. Haciéndose irrevocablemente la mejora en contrato ó aunque sea revocablemente si no se revocó, antes bien se entregó al mejorado la posesion, le pertenecen los frutos desde su entrega, , , , , , , id.
3. Si la mejora en contrato fué hecha en una parte de bienes señalados por el mejorante, pero no fueron entregados al mejorado, se deben á éste los frutos desde la muerte de aquel , , , , , , , id.
4. Cuando la mejora de cuota en contrato se hizo á hijo emancipado mayor de edad, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora , , 506
5. Si la mejora se hace en última disposicion, sin haber entrega, corresponden al mejorado los frutos desde la muerte del testador , , , , , id.
6. Lo mismo procede cuando la mejora se hizo de cierta parte ó cuota de bienes, é intervino entrega verdadera ó finjida, , , , , , , id.
- 7 y 8. ¿Cómo deberán dividirse los frutos cuando el testador deja descendientes legítimos mayores de edad, habiendo mejorado á uno de ellos en el tercio y quinto sin haber habido entrega, y se tarda un año ó mas en evacuar la particion? 506 y, , , , , , , , , 507
9. Si todos los herederos fueren menores se practicará lo mismo que acerca de los mayores se ha dicho en los párrafos anteriores, , , , , , , 508
10. Lo propio debe hacerse cuando el padre que en vida habia dado en dote á una hija ó capital á un hijo, los mejoró en disposicion última para que no tuvieran nada que restituir, , , , , , , , , id.
- 11 y 12. Resolucion del caso en que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora sino en virtud de institucion, 508 y, , , , , , , 509
13. Si hubiere dado un padre á una hija cierta cantidad entregándosela en bienes muebles y dinero, y se tardase mucho tiempo en evacuar la particion, no llevará mas frutos que los que en aquella parte le falten para completar su legítima, , , , , , , , , id.
14. Mejorando el padre ó la madre á uno de sus hijos con señalamiento de cosa cierta, y asignando á otro su legítima aunque la de éste produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas de lo que su finca hubiere producido, , , , , , , , , id.
- 15 y 16. Resolucion de otros casos, , , , , , , , , 510
17. Siempre que el título de la mejora se invalide ó anule, deberá el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fué, , , , , , , 511
18. Si el título se anulase por revocacion deberá restituir el mejorado la cosa donada sin frutos, , , , , , , , , id.
19. Cuando la mejora se revoca por ingratitud, el mejorado devolverá los frutos desde el dia en que incurrió en esta falta, , , , , , , id.
20. Lo mismo sucede cuando revoca en el todo por haberse reservado este derecho el mejorante ó donante, , , , , , , , , id.

CAPÍTULO V.

¿Si los bienes colacionables ó la cuarta marital deben ser com-

prendidos en la computacion que se hace para deducir las mejoras?.....

pág. 512

1. Qué debe tener presente el contador para proceder con acierto y averiguar que clase de bienes deben ser comprendidos en la computacion que se hace para deducir las mejoras?, , , , , , , , 512
2. Precediendo la dote á la donacion no se deberá sacar de su importe la mejora posterior hecha por el testador, , , , , , , , 513
3. La disposicion de la ley 25 de Toro debe ampliarse no solo á la dote entregada sino tambien á la prometida, , , , , , , , id.
4. al 6 Limitaciones que padece la doctrina de esta ley, 513 y, , , , 514
- 7 al 10. Dando prestadas al hijo ó hija que está fuera de su poder algunas cantidades para subvenir á sus urgencias, y disponiendo en última voluntad del tercio y quinto, habiéndose además obligado el hijo ó hija por vale ú otro documento á su devolucion, y no cumpliéndolo ¿se deducirá de su importe el tercio y quinto? 514 y, , , , , , , , 515
11. Si el testador hubiere hecho en vida donacion simple á un hijo de cosa ó cantidad inferior al tercio y quinto de sus bienes, y luego en testamento mejorase á otro en dicho tercio y quinto ¿cómo se procederá en cuanto á la deducccion de la mejora, , , , , , , , id.
12. Si el padre por contrato oneroso, ó por otro irrevocable, mejoró á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos ¿qué deberá tenerse presente para la deducccion de la mejora? 516
- 13 al 15. Casos que se deben distinguir para resolver la cuestion anterior, 516 y, 517
16. Si el padre teniendo tres ó mas hijos entregase por via de dote ó donacion *propter nuptias* sus respectivas legítimas y despues mejorase á uno de ellos, sin dejar á su fallecimiento mas bienes que el importe de dicho tercio y quinto ¿qué deberá hacerse para saber si sacará de éstos la mejora ó deberán colacionar los hijos sus legítimas para deducirlas? , , , id.
17. Legando un testador á un descendiente ó estraño el quinto de sus bienes ó disponiendo de él á favor de su alma, deberá deducirse éste de los bienes que se encuentren al tiempo de su muerte, , , , , , , , id.
- 18 y 19. ¿Si la cuarta marital que la ley concede á la viuda se ha de incluir en la computacion que se hace para deducir la mejora de tercio y quinto? 518
- 20 y 21. Se computará la cuarta marital en el caso de que el marido hubiese mejorado irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio antes de casarse la segunda vez. , , , , , , , , id.

CAPÍTULO IV.

De la division de bienes entre ascendientes del difunto.....

pág. 519

1. No teniendo hijos ó descendientes legítimos el testador, sucederán sus ascendientes, , , , , , , , , , 519
2. En esta sucesion no se debe hacer diferencia ni separacion de bienes, , 520
3. Esto no tendrá lugar donde haya costumbre de que los bienes vuelvan al tronco, ó la raiz á la raiz, , , , , , , , id.
4. ¿Si el hijo que está bajo la patria potestad, podrá disponer del tercio de los bienes adventicios á favor de un estraño? , , , , , id.
5. ¿Si los gastos del funeral se han de sacar del tercio por las mismas razones que se deducen del quinto? , , , , , , , , id.

Conclusion del tratado de particiones.

TITULO 22.

DE LA COLACION DE BIENES.

CAPÍTULO I.

De los diferentes modos de hacer la colacion de bienes, y requisitos necesarios para que esto se verifique.....

	pág.	521
1. Objeto principal de este capítulo. , , , , , , , , ,		521
2. ¿Qué es colacion? , , , , , , , , ,		522
3. ¿Cuándo y en qué casos deberá hacerse la colacion? , , , , ,		id.
4. ¿En qué casos no se deberá hacer? , , , , , , , , ,		id.
5. ¿De cuántos modos puede hacerse la colacion? , , , , , , ,		id.
6. ¿Qué fué la imputacion en un principio? , , , , , , , , ,		id.
7. ¿En qué se diferencian la imputacion y colacion? , , , , , , ,		id.
8. Debe colacionarse la misma cosa y por su estimacion, excepto en dos casos que allí se espresan, , , , , , , , ,		523
9. Circunstancias que se requieren para que tenga lugar la colacion, , , ,		id.
10. En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y demás descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, , ,		524
11. Entre los herederos estraños instituidos solos ó juntos, no tiene lugar la colacion, , , , , , , , , , , , , , ,		id.
12 y 13. No tiene lugar entre los colaterales ni entre los ascendientes, , , ,		id.
14. Tampoco lo tiene con el hijo legítimo por el soberano ni con el adoptivo, , ,		id.
15. ¿Si está obligado á colacionar el hijo ó hija, escluidos de heredar por estatuto ó costumbre del pueblo? , , , , , , , , , , ,		525
16. Cuando los nietos entran á heredar al abuelo por muerte de su padre, no tienen obligacion de colacionar lo que en vida les dió éste, , , ,		id.
17. Los nietos que recibieron despues de muertos sus padres algo de sus abuelos están obligados á colacionarlo, , , , , , , , , , ,		id.
18. Los nietos tienen igual obligacion que sus padres de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á éstos, , , , , , , , , , ,		id.
19. En qué casos no están obligados los nietos á hacer colacion concuriendo con sus tios, , , , , , , , , , , , , , ,		526
20. ¿Si el padre que tenia hijos de dos matrimonios, y casa durante el segundo á dos, deben hacer dos colaciones, , , , , , , , , , ,		id.

CAPÍTULO II.

Bienes que deben colacionarse..... ..pág. 528

1. Reglas que deben tener presentes para saber qué bienes son ó no colacionables, , , , , , , , , , , , , , ,		528
2. Como consecuencia de la primera regla no debe colacionar el hijo el peculio castrense y cuasi castrense, , , , , , , , , , ,		id.
3. Tampoco están obligados los hijos á colacionar las pensiones, encomiendas, rentas vitalicias y demás donaciones que el soberano les hubiere hecho, , , ,		id.
4. Pero deberán colacionar dichas pensiones ó rentas vitalicias cuando el padre l s hubiere comprado al principio, aun cuando despues por gracia del legislador se transfieran á sus descendientes, , , , , , , , , , ,		id.

5. No debe colacionar el hijo los bienes adventicios que hubiere adquirido con su industria ó trabajo personal, , , , , , , , , 529
6. Pero deberá colacionar el lucro que adquirió con los bienes ó dinero de su padre, sin poner trabajo suyo, , , , , , , , id.
7. Si el hijo hubiere administrado los bienes de su padre á causa de hallarse viejo ó enfermo, y los demás hermanos no trabajaron ni lucraron nada por ser menores, ó por otra causa, podrá pedir por muerte del padre sus derechos de administrador, , , , , , , , 530
8. No estará obligado el hijo á colacionar la donacion que el padre ó madre le hiciere en atencion á sus méritos , , , , , , , id.
9. Si despues de casado el hijo continuase el padre reteniendo el usufructo de sus bienes adventicios y no lo exigiere aquel durante su vida, podrá repetirlo de sus herederos, , , , , , , id.
10. Los frutos de capellanía prevenda ó beneficios pertenecientes al hijo y administrados por el padre, no le corresponden á éste de modo alguno, , id.
11. Si el padre hubiese emancipado al hijo y dádole al mismo tiempo algun fundo, no está obligado á colacionarlo, , , , , , , 531
12. No está obligada la hija á colacionar el dinero que alguno le hubiere dado voluntariamente ó en virtud de sentencia condenatoria, , , , id.
13. Tampoco está obligada á llevar á colacion la dote y donacion *propter nuptias* que algun estraño le dió para casarse, , , , , , id.
14. No debe colacionar conforme á la segunda regla el hijo lo que el padre hubiere espendido en darle carrera literaria ó militar , , , , id.
- 15 al 17. Limitacion que ponen varios autores á la regla anterior, , , 532
18. Sin embargo de estas limitaciones, como el padre tiene obligacion de mantener al hijo, mientras está bajo su potestad, se le cargará solamente el exceso de lo que dicho padre hubiere espendido en él, manteniéndolo segun su clase y calidad, , , , , , , id.
19. La protesta del padre mencionada en el número 16, debe hacerla al tiempo de que envíe al hijo á estudiar, , , , , , , 533
20. Tampoco están sujetos á colacionar los gastos hechos por el padre para que el hijo siga alguna carrera de honor ó vaya á la guerra, , , id.
- 21 y 22. ¿Qué distincion se hará para saber si son ó no colacionables los libros que el padre hubiere comprado para el hijo, , , , id.
23. Tampoco está obligado el hijo á colacionar lo que su padre empleó en proporcionarle algun honor inalterable, , , , , , 534
24. Así mismo no llevará á colacion los gastos que sus padres hubiesen hecho por redimirlo de algun cautiverio, , , , , , id.
25. Ni lo que el padre pagó voluntariamente por librarle de la pena en que se le condenó por algun delito , , , , , , id.
26. Opinion mas comun acerca de si el hijo debe colacionar las espensas hechas por su padre, para sacar bulas de obispado ú otra dignidad eclesiástica, id.
27. Diversidad de pareceres sobre si el hijo deberá colacionar la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse, , , , id.
28. No está obligado el hijo á llevar á colacion los gastos causados en su carrera, cuando los frutos de sus bienes adventicios administrados por su padre son suficientes para compensarlos, , , , , , 535
29. Tampoco está obligado á colacionar los gastos de regalos que el padre le hizo cuando se casó, , , , , , id.

- | | | |
|-----------|--|------------|
| 30. | En órden á la tercera regla, debe tenerse presente lo que se dijo en mejoras, añadiendo, que para resolver las dudas que pueden ocurrir, si las donaciones que el padre hace á sus hijos son ó no colacionables, es preciso atender al testo literal de la ley 26 de Toro, | 536 |
| 31 y 32. | Modo de conciliar esta ley con la 29 y diferentes clases de donaciones, | id. |
| 33 y 34. | ¿Qué deberá tenerse presente para saber si ha de colacionar lo que el abuelo difunto hubiere dado á la nieta viviendo el padre de ésta? | 537 |
| 35. | Segun la cuarta regla deben colacionar los descendientes legítimos los bienes, donaciones y gastos que hicieron en vida y salieron de sus ascendientes, | id. |
| 36. | Las hijas deben colacionar la dote y donaciones <i>propter nuptias</i> que han recibido de sus padres, | id. |
| 37. | Pero no tendrá lugar si se contentan con su dote y repudian la herencia, | 538 |
| 38. | Esta obligacion se amplia á las demás donaciones que recibieron de sus padres, por considerarse hecha por causa de matrimonio, | id. |
| 39. | Tambien tienen que colacionar la dote las hijas que entran en religion y profesan, | id. |
| 40. | El hijo deberá colacionar los vestidos y joyas que hubieren sus padres dado á su novia, | id. |
| 41. | Igualmente colacionarán los oficios públicos vendibles que hubieren adquirido con dinero de su padre, | id. |
| 42. | Deberán traer á colacion los hijos, las donaciones que sus padres les hubieren hecho para pagar alguna deuda, | id. |
| 43. | Debe colacionar el hijo que se halla fuera de la patria potestad el usufructo de los bienes adventicios que su padre le donó espresamente, | 539 |
| 44. | El hijo emancipado deberá traer á colacion ó restituir su importe de lo que dilapidó, consumió ó sustrajo de los bienes de su padre, | id. |
| 45 y 46. | El nieto que repudie la herencia de su padre ó madre, no está obligado á colacionar lo que éstos recibieron de su abuelo, | id. |
| 47 al 56. | ¿Qué debe tenerse presente para saber si el enfitéusis es ó no colacionable, | 540 y, id. |

CAPÍTULO III.

De la accion para pedir y hacer la colacion: tiempo á que ha de atenderse para ver si la donacion es ó no inoficiosa, y precio por qué se han de colacionar los bienes donados.....pág. 542

- | | | |
|--------|---|-----|
| 1. | La accion de colacionar y pedir la colacion ¿á quién compete? | 542 |
| 2. | Lo que debe tenerse presente para ver si la dote y demás donaciones son inoficiosas, | id. |
| 3 y 4. | Por qué tiempo deben colacionarse los bienes donados, | 543 |
| 5. | ¿Si deberá colacionarse la finca mejorada por la industria del hijo ó hija? | id. |
| 6. | De qué modo deben colacionarse los bienes cuando son muebles ó semovientes, ó constan de número, peso ó medida, | id. |
| 7. | ¿Si debe colacionarse el valor de los bienes que no existen por haber perecido? | 544 |
| 8. | Si la hija que colaciona su dote, deberá traer á particion los frutos de ella? | id. |

9. ¿Si deberá el hijo los frutos de lo que le han donado y entregado en vida de sus padres? , , , , , , , , , , 544

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre los bienes que se deben traer á colacion, págs. 544 hasta..... 548

TÍTULO 23.

CAPÍTULO ÚNICO.

Observaciones que el partidador deberá tener presentes en la division de bienes entre herederos estraños.....pág. 548

1. A falta de ascendientes y descendientes, puede el testador nombrar para que le suceda en sus bienes á cualquiera persona estraña, , , , 548
2. Modo de hacer la cuenta cuando el testador reparte su herencia entre tres dejando al primero la mitad, al segundo la tercera, y al tercero la cuarta parte, , , , , , , , , , , , , , id.
3. Modo mas fácil y sencillo de sacar la referida cuenta , , , , , id.
- 4 al 6. ¿Cómo se hará la division en el caso de haber instituido el testador tres ó mas herederos, mejorando á uno en el tercio. y á otro en el quinto de todos sus bienes? , , , , , , , , , , 549

TÍTULO 24.

DE LA RESCISION DE LAS PARTICIONES Y DE LA EVICCION Á QUE QUEDAN OBLIGADOS LOS COHEREDEROS.

CAPÍTULO I.

De las causas porque pueden impugnarse y rescindirse las particiones.....pág. 550

1. Hecha la particion judicialmente debe el juez dar traslado de ella á los interesados , , , , , , , , , , 550
2. Si la consienten ha de proceder el juez á su aprobacion; pero si alguno dice de agravio debe comunicárselos á los otros para que expongan lo que les convenga , , , , , , , , , , id.
3. Causas porque pueden rescindirse las particiones , , , , , 551
4. Procede lo dicho ya provenga la lesion de error sustancial sin dolo, ó ya los contadores irrogen agravio en el modo de liquidar ó deducir ó de cualquiera otra manera , , , , , , , , , , id.
5. Causas porque se puede impugnar la particion, 1.ª por lesion enormísima, id.
6. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, no deben anularse las particiones , , , , , , , , , , id.
7. Tambien pueden rescindirse las particiones cuando por olvido, engaño ú ocultacion se dejó sin colacionar y dividir alguna cosa de la herencia , 552

8. Si las cosas se hubieren ocultado por algun heredero no se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion , , , , , 552
9. Tambien se pueden impugnar las particiones por haber sido hechas con el que por ningun título era heredero , , , , , id.

CAPÍTULO II.

Modos como pueden deshacerse los agravios cometidos en las particiones pág. 553

1. Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones, apelando de la sentencia , , , , , 553
2. Tambien se pueden deshacer por via de restitucion *in integrum* , , , id.
3. Utilidades que resultan de este remedio, , , , , id.
4. No será restituido el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fué perjudicado sin intervenir fraude, , , , , id.
5. ¿Se puede reformar la particion hecha entre los hermanos?, , , 554
6. Los coherederos que en virtud de la division mulamente hecha, recibieron sus porciones sin su culpa, no tendrán obligacion á colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente, , , , , id.

CAPÍTULO III.

De la eviccion á que están obligados los coherederos por los bienes hereditarios divididos entre ellos pág. 554

1. Si despues de hecha la particion, y entregada á cada heredero la posesion de la parte que le hubiere tocado, le quitasen á uno en juicio dicha parte, deberá ser reintegrado por los coherederos, , , , , 554
2. No obsta alegar que no tiene lugar la eviccion en las últimas voluntades, porque en virtud de ellas se adquiere por título lucrativo, , , 555
3. No ha lugar á la eviccion cuando el padre dejó hecha la division entre sus hijos , , , , , id.
4. Pero sí tendrá lugar cuando la division es hecha por los hermanos, escepto en los casos que se espresan , , , , , id.
5. ¿Si corresponderá al legatario el derecho de eviccion contra los herederos y el testador, por habérsele quitado en juicio tal cosa legada?, , , 556
6. Habrá lugar á la eviccion, si el legado se hubiere hecho á un pariente muy cercano del testador, aunque éste ignorase que la cosa legada era agena, id.

TITULO 25.

NOCIONES GENERALES SOBRE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

CAPÍTULO I.

De las obligaciones en general pág. 557

1. Que sea obligacion y sus divisiones , , , , , 557
2. ¿Qué es obligacion civil y de dónde dimana? , , , , , 558
3. Personas que no pueden obligar civilmente.—Los derechos y obligaciones

- que no son inherentes á la persona que las adquirió ó las contrajo, pasan á los sucesores por el título universal ó particular , , , , 558
4. ¿Cuál es la obligacion condicional? , , , , id.
5. Cuando la condicion se refiere á un hecho verificado, y aunque ignorado de los que contratan la obligacion, produce efecto desde el momento que ha sido contraida , , , , id.
6. La condicion imposible ó contraria á las buenas costumbres anula la obligacion , , , , id.
7. La condicion cumplida se refiere al tiempo de contraerse la obligacion, , id.
8. Cuando se contrae bajo la condicion de que un suceso no tenga lugar dentro de cierto tiempo determinado, la obligacion es eficaz si el tiempo que se prefijó pasase sin haberse verificado el suceso, , , , id.
9. Se entiende cumplida una obligacion, cuando el no verificarse proviene de culpa del obligado á ejecutarla , , , , 559
10. Toda condicion debe cumplirse en los términos convenidos por los contrayentes , , , , id.
11. El término ó plazo puesto en las obligaciones, retarda la ejecucion de éstas hasta que llegue aquel, , , , id.
12. La obligacion de dar ó hacer alguna cosa hasta cierto dia espira llegado éste , , , , id.
13. Siempre que en las obligaciones se designa término, se presume que éste se ha establecido en beneficio del deudor, , , , id.
14. ¿Qué sea obligacion alternativa? El deudor en esta clase de obligaciones se liberta entregando ó ejecutando una de las dos cosas que era objeto de la obligacion, , , , id.
15. Aunque la obligacion haya sido alternativa, se presume contraida simplemente, cuando una de las dos cosas prometidas no podia ser objeto de aquella, , , , id.
16. Cuando la obligacion alternativa consiste en dar ó hacer alguna cosa á favor de una de dos personas, se liberta el deudor cumpliendo con una de ellas , , , , 560
17. Las obligaciones mancomunadas pueden verificarse entre acreedores y deudores , , , , id.
18. El deudor tiene la eleccion de pagar á cualquiera de los acreedores mancomunados, y escepciones de esta regla, , , , id.
19. ¿Cuándo hay mancomunidad entre deudores? , , , , id.
20. Para que la mancomunidad se entienda establecida, es preciso estipularla espresamente , , , , id.
21. Aunque el acreedor haya establecido contra uno de los herederos mancomunados la reclamacion del pago de la totalidad de la deuda, no perderá el derecho de dirigirla tambien contra cualquiera de los deudores cuando aquella haya sido ineficaz , , , , id.
22. El pago total hecho por uno de los deudores estingue la obligacion de los demás para con el acreedor, , , , 561
23. ¿Qué sean obligaciones divisibles ó indivisibles? , , , , id.
24. La mancomunidad de un contrato no supone que la obligacion sea indivisible, , , , id.
25. ¿Qué son obligaciones con cláusula penal? , , , , id.
26. Llegando el tiempo en que el deudor debió cumplir su obligacion sin haber-

	lo verificado, tiene el acreedor derecho á pedir el cumplimiento ó la pena establecida	, , , , , , , , , , , , ,	561
27.	Efectos que producen las obligaciones	, , , , , , , , , , , , ,	562
28.	Reglas que deberán regir por lo que hace al tiempo en que deberán cumplirse las obligaciones	, , , , , , , , , , , , ,	id.
29.	Excepcion de las reglas anteriores	, , , , , , , , , , , , ,	563

CAPÍTULO II.

<i>De los contratos en general.....</i>	pág	563
1. Entre nosotros no tiene lugar el sistema de las estipulaciones romanas,		563
2. ¿Qué sea contrato y sus divisiones		564
3. ¿Qué sea contrato oneroso y sus efectos?		id.
4. ¿Si se perderán las arras en caso de haberlas y de no verificarse el contrato?		id.
5. Los contratos pueden ser modificados con toda especie de pactos y condiciones		id.
6. Los contratos solo producen efecto respecto á las personas que los otorgan,		id.
7. Los contratos obligan á cumplir no solo lo que se espresa en ellos, sino tambien todo lo que exige la naturaleza misma del convenio		id.
8. Requisitos necesarios para la validez del contrato,		565
9. No será válido el contrato cuando interviene error, violencia ó dolo		id.
10. El error ó la ignorancia del derecho á nadie aprovecha para utilizar ó mejorar su condicion		id.
11. Tambien es nulo el contrato cuando se ha empleado violencia contra el que lo celebró		id.
12. Es nulo tambien cuando ha intervenido dolo,		id.
13. Solo pueden ser objeto de los contratos las cosas que están en el comercio de los hombres		566
14. El simple uso ó la posesion de una cosa puede ser tambien objeto de un contrato		id.
15. ¿A qué deberá atenderse cuando ocurren dudas acerca de la inteligencia de los contratos?		id.
16. Reglas que deberán observarse en la interpretaci6n de las dudas que resulten de las cláusulas de un contrato,		id.
17 y 18. Caso en que hay lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, y reglas para la prestacion de culpa,		id.
19. El que se ofrece voluntariamente á prestar servicios ó desempeñar encargos, está obligado á emplear una diligencia esmerada		567
20. Cuando por no haber cumplido el contrato uno de los contrayentes pidiere al otro la rescision, tiene tambien derecho á reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios,		id.
21. ¿A qué se reduce por punto general el resarcimiento de daños y perjuicios,		id.
22. Especies de contratos nominados		568

OBSEVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre los contratos y obligaciones en general..... pág. 568

Contratacion y sus efectos, 568 al, ... 577

Causas que invalidan los contratos, 567 al, ... 590

Diversas obligaciones, 590 al , , , , , , , , ,	595
Distincion de las obligaciones, 595 al , , , , , , , , ,	600

TÍTULO 26.

DE LA COMPRA Y VENTA.

CAPÍTULO I.

De la naturaleza de este contrato, de los requisitos necesarios para que sea válido; de las cosas que pueden ó no venderse; de la lesion enorme, y de las respectivas obligaciones de los contratantes..... pág. 600

1. Definicion del contrato de venta, , , , , , , , , 602
2. Requisitos necesarios para la validez del mismo, , , , , , id.
3. La ley no exige como formalidad necesaria para la validez de este contrato que se haga su otorgamiento en escritura pública ni privada, á menos que sea de bienes raices, , , , , , , , , id.
4. En las cosas que se venden por número, peso ó medida no hay venta hasta que se hayan contado, pesado ó medido, , , , , , , , id.
5. Perfeccionada la venta es de cargo del comprador el detrimento ó mejora que acaezca á la cosa vendida, , , , , , , , id.
6. La promesa de vender á dicho plazo, es obligatoria siempre que haya mútuo convenio, , , , , , , , , 603
7. Si la venta es condicional y la cosa se mejora ó empeora antes que aquella se cumpla, pertenece tambien su aumento ó menoscabo al comprador, id.
8. Dúdase sobre á quien pertenece el aumento ó disminucion cuando se vende algun predio contiguo á un rio y por aluvion se mejora ó deteriora, id.
9. Consistiendo en número, peso ó medida lo que se vende, si el comprador lo gusta, pesa ó mide, le toca igualmente el aumento ó pérdida posterior; pero no el anterior, , , , , , , , , id.
10. Despues de entregar al comprador la finca, le corresponden sus utilidades y frutos, , , , , , , , , id.
11. Opinion de varios autores sobre si pertenecen al comprador los frutos que produce la finca despues de perfeccionado el contrato y antes de su entrega, , , , , , , , , 604
12. ¿Entre qué personas está prohibido el contrato de venta?, , , , , id.
13. No pueden comprar los empleados bienes algunos en el ramo que administran, ni los jueces en el término sujeto á su jurisdiccion, , , , 605
14. Ninguno puede recibir cosa alguna por compra ó cambio del esclavo sin licencia de su señor: esta doctrina no puede tener lugar en el dia, supuesto la abolicion de la esclavitud, , , , , , , , id.
15. Los clérigos están privados igualmente de comprar y vender por via de negociacion, , , , , , , , , id.
16. Los menores tampoco pueden comprar ni vender sin licencia de sus tutores ó curadores, , , , , , , , , id.
17. Regularmente hablando nadie puede ser precisado á comprar ó á vender á no ser en los casos que se espresan, , , , , , , , id.

NUMS.	PAGINAS.
18. Cosas que pueden ó no venderse, , , , , , , , , ,	606
19. No pueden venderse los créditos no liquidados ni los bienes litigios hasta que el juicio concluya, , , , , , , , , ,	id.
20. Si se vende una cosa agena sin el correspondiente poder de su dueño, tendrá éste derecho á reclamarla juntamente con el resarcimiento de los perjuicios que se hubieren seguido, , , , , , , , , ,	607
21. ¿Qué deberá hacerse si alguno vendiere una misma cosa á dos distintas personas? , , , , , , , , , ,	id
22. En la venta de una finca se incluyen las cosas accesorias y adherentes á ellas, , , , , , , , , ,	id.
23. ¿Qué cosas deben venderse en pública subasta? , , , , , , , , , ,	id.
24. Calidades que debe tener el precio, , , , , , , , , ,	608
25. Si en la venta de una cosa inmueble hubiere sido perjudicado cualquiera de los contrayentes en mas de la mitad del justo precio, les corresponde el derecho de pedir el suplemento ó en su defecto la rescision del contrato, , , , , , , , , ,	id.
26. Qué deberá hacerse cuando alguno de los contrayentes ha sufrido lesion? , , , , , , , , , ,	id.
27. Una de las obligaciones del vendedor es entregar al comprador la cosa vendida, , , , , , , , , ,	609
28. Celebrada la venta por mayor de cualquiera especie, si el vendedor espresare que habia una cantidad determinada, deberá entregar ésta al comprador; pero no si nada hubiere espresado, , , , , , , , , ,	id.
29. Otra de las obligaciones del vendedor es quedar responsable á la eviccion y saneamiento, , , , , , , , , ,	610
30. Demandado el comprador sobre la cosa vendida debe hacerlo saber al vendedor, , , , , , , , , ,	id.
31. Aunque en el contrato no se haga estipulacion alguna acerca de la eviccion, no por eso dejará de estar obligado el vendedor á sanear la cosa vendida	id.
32. Resultando la responsabilidad de un hecho personal al vendedor siempre estará obligado al saneamiento, , , , , , , , , ,	id.
33. En la venta de cosa agena puede emplazarse al comprador, y si éste emplaza al vendedor y se presenta en juicio deberá el dueño seguir el pleito con el vendedor, , , , , , , , , ,	id.
34. Vencido el comprador en juicio por una parte de la cosa vendida puede pedir la rescision del contrato si dicha parte fuere de entidad, , , , , , , , , ,	611
35. Casos en que no tiene lugar la eviccion, , , , , , , , , ,	id.
36. Pero habrá lugar á la eviccion cuando la cosa vendida estaba gravada con servidumbres, censos ó cualquiera otra carga que no se hubiere manifestado al tiempo de la venta, , , , , , , , , ,	id.
37. El vendedor es responsable tambien al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa vendida que no se manifestaron al tiempo de la venta, , , , , , , , , ,	id.
38. Si la cosa pereciere por causa de dichos defectos ocultos, será responsable el vendedor de esta pérdida, , , , , , , , , ,	612
39. Casos en que no será responsable el vendedor de los defectos y vicios que tenga la cosa vendida, , , , , , , , , ,	id.
40. ¿Cuáles son las obligaciones del comprador? , , , , , , , , , ,	id.
41. Temiendo el comprador por justo motivo que algun tercero pueda reclamar la cosa vendida, podrá suspender la entrega del precio, , , , , , , , , ,	613
42. No pagando el comprador á su debido tiempo podrá el vendedor pedir, bien	

- sea la rescision de la venta ó el cumplimiento del contrato, , , , 613
43. El comprador está obligado á abonar al vendedor los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, en el tiempo que mediaré desde la venta hasta la entrega del precio, , , , , , , , , id.
44. El contrato de compra y venta cuando versa sobre cosas que son objeto del tráfico mercantil se registrá por las disposiciones del código de comercio, que entre nosotros son hasta ahora las contenidas en los ordenanzas de Bilbao, , , , , , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO II.

De los pactos que suelen añadirse al contrato de compra y venta..... pág. 614

1. ¿Qué sea pacto de retroventa? y modo como se ha de redactar la cláusula en que éste se contiene, , , , , , , , , , , 614
2. Para que se verifique la retroventa ha de restituir el vendedor el precio íntegro que recibió, y el comprador la cosa vendida en el mismo estado que pasó á su poder, , , , , , , , , , , id.
3. Término que se ha de prefijar para la restitucion de la cosa vendida, , , , , id.
4. Los frutos pertenecen al comprador mientras tenga la cosa en su poder, , , , 615
5. ¿Contra quién podrá intentarse la accion para pedir la retroventa? , , , id.
6. ¿Cuál es el pacto comisorio?, , , , , , , , , , id.
7. Si se rescinde el contrato en virtud de este pacto ha de restituir el vendedor la cosa con los frutos que haya producido, , , , , , , , , id.
8. ¿Á qué se reduce el pacto llamado *adicion* ó señalamiento de día?, , , , 616
9. Presentándose un tercero que mejore la venta, deberá el vendedor hacerlo saber al comprador, , , , , , , , , , , id.
10. Requisitos que deben concurrir en este pacto para que sea válido, , , , id.
11. ¿Cuál es el pacto llamado debitorio?, , , , , , , , , id.
12. ¿Será válido el pacto de no enagenar la cosa vendida?, , , , , , , , , 617.

CAPÍTULO III.

De la venta de derechos incorpóreos y de las cláusulas que suelen ponerse en las escrituras de venta..... pág. 617

1. Los derechos incorpóreos pueden ser tambien objeto del contrato de compra y venta, , , , , , , , , , , 617
2. Verificada la entrega del título para traspasar un derecho ó accion contra un tercero, debe notificarse á éste dicho traspaso, á fin de que el comprador ó cesionario pueda usar contra él de su derecho. , , , , id.
3. El que vende un crédito ó derecho, no por eso se hace responsable de la solvencia del deudor, , , , , , , , , , , 618
4. El que traspasa ó vende un derecho hereditario no tiene otra responsabilidad que la de asegurar su calidad de heredero, , , , , id.
5. Cuando la cesion ó traspaso es de un derecho litigioso ¿á qué podrá obligarse el cesionario?, , , , , , , , , , , id.
6. Hasta el fin de este capítulo. *Cláusulas que debe tener la escritura de venta*, 618 hasta, , , , , , , , , , , 621

CAPÍTULO IV.

De la alcabala, luismo y derecho de amortizacion..... pág. 621

1. Alcabala que sea, su origen y materia de ella, , , , , , , , , , , 621

NUMS.

PAGINAS

2. Personas y objetos que no deben pagarla, , , , , , , , ,	622
3. Se debe de la venta voluntaria y forzada, dacion en pago y rifas; no en las particiones y adjudicaciones hereditarias, ni en la simple promesa de vender, , , , , , , , ,	id.
4. Nace desde la perfeccion del contrato por lo que falta en los nulos <i>ipso jure</i> , y no en los que se rescinden excepto por restitucion <i>in integrum</i> , ,	623
5. No se causa en los contratos revocados <i>incontinenti</i> ; pero sí, aunque simple, en los revocados ex intervalo, , , , , , , , ,	id.
6. No en la venta rescindida en el caso de pacto de la ley comisaria, , ,	id.
7. Es simple cuando se verifica el pacto de la adicion á dia: en el de venta hecha á carta de gracia á no ser que esta cláusula sea añadida despues de concluido el negocio, , , , , , , , ,	id.
8. Y en el de retractos de abolengos, , , , , , , , ,	624
9. Doble en la permuta, , , , , , , , ,	id.
10. El mismo derecho se causa en los censos, tanto en su imposicion como en su venta y redencion, , , , , , , , ,	id.
11. En el depósito regular y arrendamiento, , , , , , , , ,	id.
12. En la trasmision de fincas censuadas solo se cobra de la parte libre de las hipotecas y no por todo su valor, , , , , , , , ,	id.
13. Del luismo, , , , , , , , ,	id.
14 al 19. Derecho del quince por ciento que pagan las manos muertas en sus adquisiciones, 624 al, , , , , , , , ,	626

CAPÍTULO V.

De los oficios de hipotecas..... pág. 626

1. Creacion de los oficios de hipotecas, , , , , , , , ,	626
2. Escrituras que deben registrarse en ellos , , , , , , , , ,	id.
3. Términos en que debe verificarse el registro, , , , , , , , ,	627
4. Para la toma de razon se ha de presentar la escritura original , , ,	id.
5. Donde debe hacerse el registro, , , , , , , , ,	628
6. Todo lo demás relativo á esta materia remisivamente, , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre el título de compra y venta..... pág. 628

Naturaleza de la compra, 628 al, , , , , , , , ,	633
Pactos resolutivos, 633 al, , , , , , , , ,	637

TÍTULO 27.

DE LOS RETRACTOS.

CAPÍTULO I.

De la naturaleza del retracto, del gentilicio, y de las personas á quienes compete..... pág. 638

1. ¿Qué se entiende por retracto, y qué por derecho de tanteo?, , , , ,	638
---	-----

2. Diferentes especies en que se divide el retracto, , , , , , id.
3. ¿A qué personas compete el retracto gentilicio?, , , , , id.
4. De este derecho puede usar el hijo ó descendiente desheredado , , , id.
5. Corresponde tambien este derecho á los clérigos y demás personas que disfrutan fuero eclesiástico, tanto entre sí mismos como interviniendo legos, 638 y, , , , , , , , , , , 639
6. El retracto gentilicio no compete al heredero estraño del próximo pariente que falleció dentro del tiempo en que podría retraer la finca vendida, á no ser que el difunto hubiese dejado contestado el pleito, , , , id.
7. Si el dueño de una finca patrimonial ó abolenga quisiere venderla por dinero de contado á un estraño, y algun pariente dentro del cuarto grado quisiere retraerla tambien, debe éste ser preferido por el tanto al estraño, id.
8. El pariente podrá retraer cuando el dueño de la finca patrimonial ó abolenga la da á censo reservativo, , , , , , , , , id.
9. El pariente mas cercano del vendedor es preferido al mas remoto, debiendo considerarse esta proximidad de parentesco con relacion al vendedor, 639 y 640
10. La computacion de grados en los retractos debe ser civil , , , , id.

CAPÍTULO II.

De las cosas que pueden ser objeto del retracto gentilicio y del término legal concedido para usar de este derecho. pág. 640

1. Bienes que pueden ser objeto del retracto, , , , , , , 640
2. Pueden retraerse los bienes raices vendidos en almoneda judicial, ya sea voluntaria ó necesaria, , , , , , , , , 641
3. Dándose apreciados al acreedor los bienes del deudor, por cantidad de dinero que éste le debe, puede retraerlos tambien su pariente ó socio, , , id.
4. Habrá tambien lugar al retracto cuando se vendiesen varias fincas patrimoniales ó abolengas, , , , , , , , , id.
5. Si dichas fincas fueren vendidas al fiado, podrá retraerlas tambien el pariente con tal que en el término de nueve dias siguientes al de la venta, afiance que al tiempo estipulado pagará su importe al vendedor, , , id.
6. Si la finca patrimonial ó abolenga se vende juntamente con otra que no lo es, será admitido tambien el pariente al retracto de la patrimonial, 641 y 642
7. No compareciendo ningun pariente en el término legal á retraer la finca patrimonial, no se podrá intentar el retracto, aun cuando vuelva otra vez á poder del vendedor , , , , , , , , , id.
8. El derecho de retracto no tiene lugar en las ventas que son nulas por falta de solemnidad, ni en las simuladas, , , , , , , , , id.
9. El término legal para retraer es de nueve dias , , , , , , , id.
10. Este término es perentorio é improrogable, y corre contra los menores, 642 y, 643
11. Habiendo frutos pendientes en la finca al tiempo que se vende, si dentro de los nueve dias siguientes al de la venta los coge y percibe el comprador, y en los mismos la retrae el pariente, debe devolvérselos aquel, , , id.
12. Resumen de la doctrina legal sobre esta materia, , , , , id.

CAPÍTULO III.

De otras especies de retractos. pág. 644

1. Justicia y utilidad del retracto de comuneros, , , , , , 644

2. Requisitos para que el sócio ó participe en la finca pueda retraerla por el tanto, , , , , , , , , , , id.
3. Otras especies de retractos. Cuando uno de los enfitéutas que posee proindiviso una finca vende su parte á un estraño, podrá el condueño retraerla del estraño, 644 y , , , , , , , , , , 645
4. Si el que tiene la propiedad sola de una cosa la vende al usufructuario de la misma, podrá retraerla el sócio en la misma propiedad, , , , id.
5. Tiene tambien lugar el retracto de comunion en la servidumbre , , , id.
6. Siendo muchos los sócios ó partícipes, puede cada uno por sí solo retraer la finca vendida á un estraño , , , , , , , , , , id.
7. No podrá retraer la finca por razon de comunion el dueño del censo reservativo, si el censuario quisiere venderla, , , , , , , , , id.
8. Instituyendo el testador á uno por su heredero, y legando á otro una parte de sus bienes, si el heredero quiere vender la finca patrimonial heredada, el legatario no tendrá accion á retraerla por razon de comunion , , , id.
9. Requisitos que han de concurrir para que tenga lugar el retracto de comunion, 645 y , , , , , , , , , , , , , , 646
10. En el caso de que el comprador deba algo al que retrae, pueda éste compensarlo con el precio de la parte vendida, , , , , , , , , id.
11. Otro de los retractos legales es el concedido á los dueños directo y superficiario , , , , , , , , , , , , , , id.
12. Casos en que el señor puede ó no retraer la finca enfitéutica, , , , id.
13. Concurriendo al retracto el señor directo y superficiario con el pariente ó con el consócio ¿cuál será preferido? , , , , , , , , id.
- 14 al 26. Otros retractos que las leyes conceden en consideracion al bien comun, 646 al , , , , , , , , , , , , , , 649

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre los retractos, 649 hasta, , , , , , , , , , 653

APÉNDICE.

FORMULARIOS CORRESPONDIENTES Á LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE PRIMER TOMO.

PARTE PRIMERA.

Escrituras correspondientes á la patria potestad, esponsales, matrimonio, dotes, arras, bienes parafernales y gananciales.... pág. 656

1. Escritura de aprendiz, 656 y , , , , , , , , , , 657
2. Escritura de pupilo, 657 y , , , , , , , , , , 658
3. Escritura de palabra de casamiento, 658 y , , , , , , , , , , 659
4. Escritura de apartamiento y disolucion de esponsales , , , , , id.
5. Escritura de licencia de padre á hijo para casarse, 659 y , , , , , 660
6. Escritura de capitulaciones matrimoniales, 660 hasta, , , , , 662
7. Escritura de capital, 662 hasta, , , , , , , , , , 664

Escrituras correspondientes al tratado de la dote..... pág. 664

8. Carta de pago y recibo de dote , , , , , , , , , , 664

NUMS.

PÁGINAS.

9.ª	Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales , , , ,	664
10.ª	Carta de dote confesada , , , , , , , ,	id.
11.ª	Modo de estender la carta de dote y capital en virtud de aprecio judicial,	id.
8.	Carta de pago y recibo de dote, 664 hasta, , , , , ,	666
9.	Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales, 666 y , , ,	667
10.	Carta de dote confesada, 667 y, , , , , , , ,	668
11.	Del modo de estender la carta de dote y capital en virtud de apremio judicial , , , , , , , , , , , , , ,	id.
12.	Escritura de arras, 668 y, , , , , , , , , , , ,	669
13.	Pedimento y demás diligencias para la adopcion, 669 y , , , ,	670
Id.	Informacion. Testigo primero , , , , , , , , ,	id.
14.	Escritura de adopcion, 670 y , , , , , , , , ,	671
15.	Legitimacion, , , , , , , , , , , , , ,	672
16.	Escritura de emancipacion, 672 y, , , , , , , , , , , ,	673

Forma de estender los autos de tutela y curaduria de bienes **pág. 673**

17.	Pedimento, 673 y, , , , , , , , , , , ,	674
18.	Notificacion, aceptacion, juramento y obligacion de la curadora, 674 y ,	675
19.	Discernimiento de la tutela y curaduria de bienes, 675 hasta , , ,	677
Id.	Notas, , , , , , , , , , , , , ,	id.

Formulario de pedimentos ó demandas con sus correspondientes autos, sobre las principales materias contenidas en esta primera parte. **pág. 677**

20.	1.º Pedimento de dote no prometida , , , , , , , , ,	677
Id.	2.º Pedimento de dote prometida no constando de escritura la promesa, ,	id.
Id.	3.º Demanda pidiendo el exceso de una dote inoficiosa, , , , ,	id.
Id.	4.º Pedimento de una viuda para recuperar su dote, 677 y, , , ,	678

Sobre la adopcion. **pág. 678**

21.	1.º Pedimento para la adopcion , , , , , , , , ,	678
-----	--	-----

Sobre tutelas. **pág. 678**

22.	1.º Pedimento pidiendo una madre se le discierna el cargo de tutora, 678 y	679
23.	2.º Pedimento de un tutor testamentario pidiendo la tutela, , , ,	id.
24.	3.º Pedimento pidiendo un tutor legítimo la tutela, , , , ,	id.
25.	4.º Pedimento de un menor pidiendo cuentas á su tutor, 679 y , ,	680
26.	5.º Pedimento de una viuda solicitando se nombre tutor á sus hijos para pasar á segundas nupcias , , , , , , , , , , , ,	id.
27.	6.º Pedimento solicitando la remocion de un tutor sospechoso en la tutela,	id.
28.	7.º Pedimento de un tutor solicitando licencia para vender una finca de su menor, 680 y, , , , , , , , , , , , , ,	681
29.	8.º Demanda de nulidad de la venta que hizo un curador de una heredad de su menor, , , , , , , , , , , , , ,	id.

Sobre alimentos. **pág. 681**

30.	1.º Pedimento para la tasacion de alimentos á un menor, 681 y, , , ,	682
	Otro auto de la tasacion de alimentos, , , , , , , , , , , ,	id.
31.	2.º Peticion para la protestacion de alimentos, , , , , , , , , , , ,	id.

PARTE SEGUNDA.

ESCRITURAS CONCERNIENTES A LA MATERIA DE TESTAMENTOS.

32.	1.º Testamento regular, 683 hasta , , , , , , , , ,	685
Id.	2.º Declaracion de la dote que la muger llevó al matrimonio, y de lo que su marido le ofreció en arras, , , , , , , , ,	id.
Id.	3.º Declaracion del capital que llevó el marido, , , , , , , , ,	id.
Id.	4.º Otra de los hijos que el testador tiene, y de lo que dió á uno de ellos en cuenta de su legítima, 685 y , , , , , , , , ,	686
Id.	5.º Legado el quinto por alimentos á un hijo natural , , , , ,	id.
Id.	6.º Institucion de heredero á un hijo natural por falta de descendientes legítimos , , , , , , , , ,	id.
Id.	7.º Mejora del tercio y quinto hecha á una hija que llevó dote cuando se casó, , , , , , , , ,	id.
Id.	8.º Mejora que hace el padre á un hijo á quien por contrato oneroso prometió mejorar , , , , , , , , ,	id.
Id.	9.º Legado de cosa empeñada en poder del testador , , , , ,	id.
Id.	10.º Revocacion ad cautelam con cláusulas derogativas del testamento que otorga una muger, , , , , , , , ,	687
Id.	11.º Cláusulas de exheredacion , , , , , , , , ,	id.
33.	12.º Otorgamiento del testamento cerrado, y diligencias para su apertura, 687 y , , , , , , , , ,	688
Id.	13.º Pedimento para la apertura del testamento cerrado. , , , , ,	id.
Id.	14.º Auto, , , , , , , , , , ,	id.

Informacion. pág. 688

33.	15.º Primer testigo, , , , , , , , ,	688
Id.	16.º Auto, , , , , , , , ,	689
Id.	17.º Diligencia de apertura , , , , , , , , ,	id.
Id.	18.º Auto, , , , , , , , ,	id.
34.	19.º Diligencia para declarar por testamento nuncupativo el dispuesto de palabra ante testigos, 689 y, , , , , , , , ,	690
Id.	20. Auto , , , , , , , , , , ,	id.

Informacion pág. 690

34.	21. Primer testigo, 690 y , , , , , , , , ,	691
Id.	id. Nota , , , , , , , , ,	id.
Id.	22. Auto , , , , , , , , ,	id.
Id.	id. Nota , , , , , , , , ,	id.
35.	23. Codicilo abierto, 691 y, , , , , , , , ,	692
36.	24. Otorgamiento de codicilo cerrado, , , , , , , , ,	id.
37.	Poder para testar , , , , , , , , ,	693
38.	Testamento en virtud de poder, 694 y , , , , , , , , ,	695
39.	Declaracion de pobre , , , , , , , , ,	id.
40.	Aceptacion de herencia , , , , , , , , ,	id.
41.	Repudiacion de herencia, 695 y, , , , , , , , ,	696
42.	Licencia para testar, 696 y , , , , , , , , ,	697

Fórmula pág. 697

43.	Para nombrar testamentarios universales en el caso en que se habla en el párrafo 4, cap. 17 de los testamentos, 697 y , , , , ,	698
-----	---	-----

CONTINUACION DE LA PARTE SEGUNDA.

FORMULARIOS.

De las escrituras correspondientes al título de los mayorazgos, patronatos, capellanías y sus agregaciones..... pág. 698

- | | | |
|-----|--|-----|
| 44. | Fundacion de capellanía colativa, 698 hasta , , , , , , , , , | 702 |
| 45. | Nombramiento de capellan, 702 y, , , , , , , , , | 703 |
| 46. | Fundacion de escuelas de primeras letras, 703 hasta , , , , , , , , , | 708 |
| 47. | Fundacion de memoria para casar huérfanas, 708 hasta , , , , , , , , , | 714 |

SIGUE LA PARTE SEGUNDA.

FORMULARIOS DE ESCRITOS Ó PEDIMENTOS.

Sobre testamentos. pág. 715

- | | | |
|-----|---|-----|
| 48. | 1.º Pedimento para que un testamento nuncupativo se reduzca á escritura pública , , , , , , , , , , , , , , , | 715 |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 49. | 2.º Pedimento pidiendo la apertura de un testamento cerrado , , , , , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 50. | 3.º Pedimento pidiendo que se inventarién los bienes del difunto, 715 y, , , , , , , , , | 716 |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 51. | 4.º Pedimento solicitando el heredero la posesion de los bienes hereditarios, , , , , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 52. | 5.º Pedimento de un tercero contradiciendo la posesion, 716 y , , , , , , , , , | 717 |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 53. | 6.º Pedimento para pedir un heredero abintestato la posesion de los bienes, , , , , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 54. | 7.º Demanda de nulidad de un testamento en que el heredero escribió la institucion , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 55. | 8.º Pedimento de nulidad de un testamento por exheredacion sin expresion de causa, 717 y, , , , , , , , , , , , , , , | 718 |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 56. | 9.º Demanda solicitando la herencia un sustituto pupilar , , , , , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 57. | 10.º Pedimento de contradiccion de la hija póstuma, , , , , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 58. | 11.º Pedimento para pedir la subsistencia ó validez de un codicilo, , , , , , , , , | 719 |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 59. | 12.º Pedimento solicitando una viuda la cuarta marital , , , , , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |

Sobre capellanías..... pág. 720

- | | | |
|-----|---|-----|
| 60. | 1.º Pedimento de oposicion á capellanía, , , , , , , , , | 720 |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 61. | 2.º Pedimento de oposicion de un tercero, , , , , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; | id. |



62.	3.º Pedimento de oposicion en forma , , , , , , , , ,	720
Id.	id. Auto , , , , , , , , ,	id.

Formulario perteneciente al tit. 24 de la rescision de las particiones y de la eviccion á que quedan obligados los coherederos ...pág. 721

1.	Demanda de nulidad de particiones por via de restitution , , , , ,	721
2.	Demanda sobre rescision de particiones , , , , ,	id.
	Apéndice. Modo práctico de hacer las particiones, 721 y, , , ,	722
	Modelos ó ejemplares de particion. Ejemplo primero. Particion de los bienes que dejó el marido entre su viuda é hijos de ambos, con mejora y colacion, 722 hasta, , , , ,	732
	Ejemplo segundo. Particion de los bienes del marido entre su viuda é hijos de dos matrimonios, con reserva, mejora ó colacion, 733 hasta, ,	751
	Particion estrajudicial hecha por los mismos herederos y reducida á instrumento público, 751 y siguientes.	

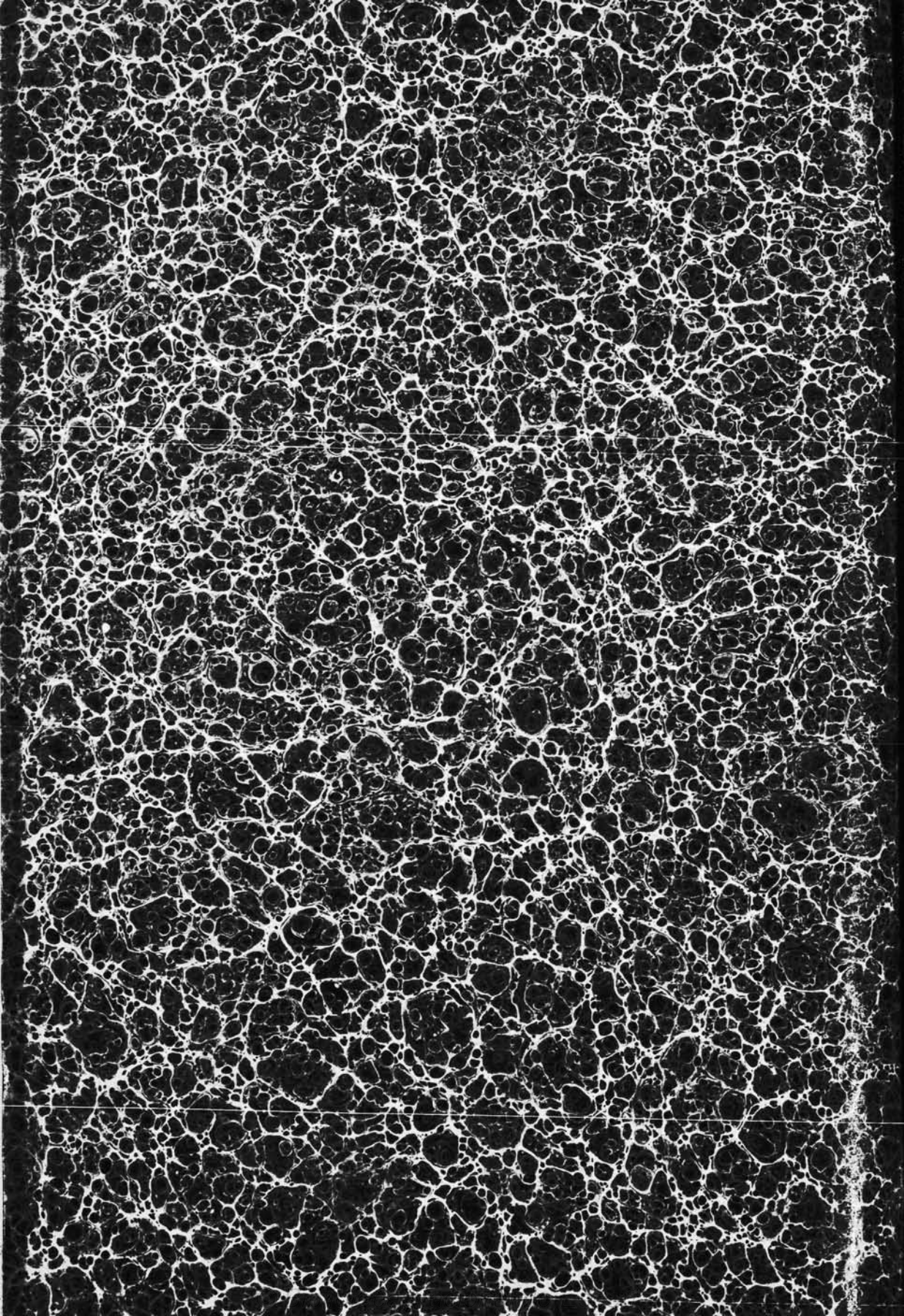
Formulario correspondiente al tit. 26 de compra y venta.....pág. 755

1.	Id. Escritura de venta de una casa, 755 hasta, , , , ,	757
2.	Id. Cláusula de venta y tasacion, 757 y , , , , ,	758
3.	Id. Promesa de vender , , , , ,	id.
4.	Id. Escritura de venta de lana, 758 y , , , , ,	759
5.	Id. id. de venta de derechos, , , , ,	id.
6.	Id. id. de venta de censo, , , , ,	id.
7.	Id. id. de venta de juro 760 y , , , , ,	761
8.	Id. id. de venta de un oficio renunciante de escribano, 761 y, , ,	762
9.	Id. id. de venta de bestia, , , , ,	id.
10.	Id. id. de venta judicial, 762 y, , , , ,	763
11.	Id. id. de retroventa 763 y, , , , ,	764
12.	Id. Posesion judicial, , , , ,	id.
13.	Id. Acto para dar posesion judicial , , , , ,	id.
14.	Id. Posesion judicial de una cosa, 764 y , , , , ,	765
15.	Id. Testimonio para el pago de una finca vendida, , , , ,	id.
16.	Id. Demanda de compra, 765 y, , , , ,	766
17.	Id. Demanda de venta, , , , ,	id.
18.	Id. Pedimento de nulidad de venta por lesion enormísima, , , , ,	id.
19.	Id. id. por lesion enorme , , , , ,	id.
20.	Id. id. solicitando alguno que otro salga á la eviccion , , , , ,	id.
21.	Id. Demanda de eviccion, 766 y, , , , ,	767
22.	Id. Pedimento de un tutor solicitando licencia para vender una finca de su menor , , , , ,	id.
23.	Demanda de nulidad de la venta que hizo un curador de una heredad de un menor, , , , ,	id.
	Id. Correspondiente al tit. 27 de los retractos. Demanda de retractos, 767 y	768
	Índice de las materias contenidas en el tomo primero, , , , ,	769

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO PRIMERO.









56011538560118560

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL TOMO PRIMERO.

LIBRO PRIMERO.—De las personas.

DEL ESTADO NATURAL Y CIVIL DE LAS PERSONAS.

CAPÍTULO I.

CAPÍTULO II.

<i>Del estado civil de las cosas.....</i>		pág.	14
1.	Clasificación de las personas según el estado civil, y quiénes son ciudadanos, 14 y,		
2.	Quiénes se dicen naturales ó no naturales, 15 y,		15
3.	De los extranjeros avecindados, y de los naturalizados. De los no naturalizados, 16, 17, 18, 19 y		16
4.	De los vecinos domiciliados, y de los transeúntes, 20 al,		20
5.	Derechos y obligaciones que dimanán de la vecindad,		22
6.	Razon ~~porque se han descartado de la presente edición otras distinciones que hacían los autores, al estado civil de las personas,~~ 22 al,		id.
TOMO I.			49

TÍTULO 2.º

DE LOS ESPONSALES Y DEL MATRIMONIO.

CAPÍTULO I.

NÚMS.

PÁGINAS.

<i>De los esponsales.....</i>	pág.	24
1. Razon del método, , , , , , , , , , , , , , ,		24
2. De los esponsales, y del modo de celebrarlos, , , , , , , , , ,		id.
3. Obligacion de los esponsales, 24 y , , , , , , , , , ,		25
4. ¿Cuándo serán nulos los esponsales? , , , , , , , , , ,		id.
5. De la disolucion de los mismos, , , , , , , , , ,		id.

CAPÍTULO II.

<i>Del matrimonio</i>	pág.	26
1. Del matrimonio y de las solemnidades con que debe celebrarse, , ,		26
2. De los impedimentos dirimentes, de las publicatas ó amonestaciones que se verifican para poderlos descubrir, 27 al , , , , , , , , , ,		33
3. De la computacion de los grados de parentesco de consanguinidad, 33 y ,		34
4. De otras clases de parentesco, 34 al, , , , , , , , , ,		38
5. De los impedimentos impeditivos, 38 al, , , , , , , , , ,		40
6. De la disolucion del matrimonio , , , , , , , , , ,		id.
7. De los efectos civiles del matrimonio, , , , , , , , , ,		id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre matrimonios y esponsales.....</i>	pág.	41
Matrimonio,, , , , , , , , , , , , , , ,		41
Esponsales, 41 á la, , , , , , , , , , , , , , ,		45
Poligamia, 45 y , , , , , , , , , , , , , ,		46
Divorcio, 46 á la , , , , , , , , , , , , , ,		52
Formas, 52 y,, , , , , , , , , , , , , , ,		53
Incapacidades, 53 hasta,, , , , , , , , , , , , , ,		60
Dispensas, 60 y , , , , , , , , , , , , , ,		61
Separacion, 61 á la,, , , , , , , , , , , , , , ,		63
Derecho de los esposos, 63 á la , , , , , , , , , , , , , ,		66

TÍTULO 3.º

DE LOS BIENES DOTALES.

CAPÍTULO I.

<i>De la constitucion de la dote, de las personas obligadas á dotar y de los derechos que adquiere el marido en los bienes dotedes.....</i>	pág.	66
1. Definicion de la dote, y de cuantas clases son los bienes dotedes, 66 y ,		67
2. La dote puede constituirse ya puramente, ya bajo condicion y á los plazos que se estipulen, , , , , , , , , , , , , , ,		id.

3. Siendo huérfana y menor la muger, y raíces los bienes dotales, deberá intervenir licencia judicial para su entrega, , , , , , 67
4. ¿A quién corresponde la obligacion de dotar? , , , , , id.
5. Los padres no pueden mejorar, dar ni prometer á sus hijas por razon de casamiento, tercio ni quinto de sus bienes, , , , , id.
- 6 hasta el 12. La dote debe pagarse de los bienes gananciales, si los hubiere, y en el caso contrario, ¿de cuáles ha de satisfacerse segun los diferentes casos que alli se espresan, 67 á la, , , , , 69
13. La dote, ya sea dada en los gananciales, ya de otros bienes, no debe exceder al valor de la legítima, , , , , id.
14. ¿Cuándo se transfiere al marido el dominio natural y civil de los bienes dotales?, , , , , id.
15. Si la muger enagenare los bienes dotales con licencia de su marido y recibiere el precio dado por ellos, no tiene derecho á reclamar despues el valor de dichos bienes, , , , , id.
16. ¿Qué deberá pedir el que dá ó recibe la dote apreciada si se sintiere agraviado de este aprecio? 69 y, , , , , 70
17. ¿Qué deberá hacer la muger cuando conoce que su marido disipa ó desfalca la dote? , , , , , id.
18. Durante el matrimonio pertenecen al marido los frutos de la dote, , , id.
19. La muger pierde la dote por delito de adulterio, , , , , id.
- 20 y 21. De la dote que el marido confiesa haber recibido, sin que por otra parte conste su entrega; y de los efectos que produce esta confesion, , id.
22. Los bienes del marido están sujetos á la responsabilidad de la dote como tambien los del que da ó promete la dote para su entrega, 70 y, , 71

CAPÍTULO II.

De la restitution de la dote.....pág. 71

1. Obligacion que tiene el marido de restituir la dote; puede hacer esta restitution en vida, , , , , 71
2. Disuelto el matrimonio debe restituirse la dote á la muger ó quien representante sus acciones y derechos, , , , , id.
- 3 al 6. Modo de hacer la restitution segun la naturaleza de los bienes dotales 71 y, , , , , 72
7. ¿En qué casos corresponde al marido el deterioro ó la pérdida de los bienes dotales? 72 y, , , , , 73
8. Si consistiendo la dote en créditos á favor de la muger, dejare ésta de cobrarlos, ¿será responsable á la restitution de la cantidad que importen dichos créditos? , , , , , id.
9. Los gastos ocasionados para cobrar la dote que consiste en créditos deberá ser de cuenta de la muger, ¿y por qué?, , , , , id.
10. ¿Qué ha de tenerse por dote cuando ésta consista en pension, legado ánuo, ó renta de capital puesto en fondo vitalicio? 73 y, , , , , 74
11. Para la exaccion de la dote se ha de atender á la costumbre del lugar donde se hubiere celebrado el matrimonio, , , , , id.
12. Si el marido fuere pobre no se le ha de demandar por mas de lo que pueda restituir, , , , , id.
13. Demandada y perdida en juicio la dote, ¿de quién será la responsabilidad?, , , id.

- | | |
|--|----|
| 14. No prescribe la accion de repetir la dote hasta la disolucion del matrimonio, | 74 |
| 15. De la pena llamada arra que suele imponerse en la restitution de la dote, 74 y | 75 |

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre la dote.</i>	pág. 75
Obligaciones de dotar, 75 á la , , , , , , , , ,	77
Administracion de la dote, 77 y , , , , , , , , ,	78
Restitucion de la dote, 78 hasta la, , , , , , , , ,	81

TÍTULO 4.º

DE LOS BIENES PARAFERNALES Y DE LAS ARRAS.

CAPÍTULO I.

<i>De los bienes parafernales</i>	pág. 81
---	---------

1. ¿Qué son bienes parafernales?, , , , , , , , , 81
2. Los bienes parafernales gozan del privilegio de hipoteca tácita en los bienes del marido para su restitution, cuando la muger se los hubiere entregado, , , , , , , , , id.
3. No habiéndolos ella entregado, no será la responsabilidad del marido, aun cuando dichos bienes se hayan consumido en los usos domésticos, con noticia y consentimiento de la muger, 81 y, , , , , , , , 82
4. De la enagenacion de los bienes parafernales, , , , , , , , , id.

CAPÍTULO II.

<i>De las arras</i>	pág. 83
---------------------------	---------

1. ¿Qué se entiende por arras?, , , , , , , , , 83
2. ¿Cuánto puede prometer ó dar en arras el novio? , , , , , , , , id.
3. La muger hace suyas las arras, , , , , , , , , id.
4. ¿Cuándo se pueden ofrecer y aumentar las arras? , , , , , , , , id.
5. El marido no puede enagenar las arras sin permiso de la muger, , , , , , , , id.
6. Pueden prometer las arras de los bienes futuros , , , , , , , , id.
7. ¿Si podrá el menor de veinticinco años ofrecer arras, y en qué cantidad? , , , , , , , , id.
8. ¿A qué tiempo deberá atenderse para saber si las arras caben ó no en la décima de los bienes? 83 y , , , , , , , , 84
9. ¿A qué tiempo deberá atenderse para el abono de las arras, cuando el marido da esta eleccion á la muger? , , , , , , , , id.
10. Las arras pueden ofrecerse á la novia viuda igualmente que á la soltera, , , , , , , , id.
11. ¿De qué modo valdrá la oferta de arras que exceda de la décima parte de los bienes? , , , , , , , , id.
12. Pueden ofrecerse arras del usufructo de los bienes vinculados, , , , , , , , id.
13. Caso en que la muger tiene derecho á repetir parte de las arras contra su suegro, 84 y, , , , , , , , 85
14. Derecho que tiene la muger de reclamar íntegramente las arras cuando el marido perdiere en juicio alguno de sus bienes, , , , , , , , id.

15. Engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, podrá resarcirse descontándolo de las arras, 85
16. Las arras gozan del derecho de hipoteca tácita en los bienes del marido, id.
17. En caso de no dar ni ofrecer arras el novio, ¿qué otra especie de donación podrá hacer, y en qué cantidad?, id.
18. ¿A cuánto podrá ascender esta donación si el novio fuere viudo con hijos de otro matrimonio?, id.
19. Derecho de la muger á renunciar estas dádivas disuelto el matrimonio, y á elegir las arras, si hubiere prometido éstas y aquellas, 86
20. Derechos de la esposa en caso de no verificarse el matrimonio, si la hubiere besado el esposo, id.
21. Si la novia libre mayor de veinticinco años, ofreciere algo al novio, quedan obligados sus bienes al cumplimiento de esta oferta, id.

TÍTULO 5.º

DE LOS BIENES GANANCIALES.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. ¿Qué son bienes gananciales, y á quien corresponden? , , , , 87
2. Son comunicables los gananciales á entrambos consortes, aunque los adquiera ó gane uno de ellos solamente, id.
3. ¿En qué caso serian ó no comunicables como gananciales los bienes que confiere el marido por sí solo, ó la muger con su licencia tácita ó expresa? , , id.
4. Son comunicables los frutos del usufructo de las fincas que uno de los consortes llevó en propiedad al matrimonio; pero el derecho de usufructuario que tenga alguno de ellos no se comunica por ser personal, 87 y 88
5. Son comunicables tambien los frutos de la parte de herencia que el testador hubiere dejado á alguno de ellos, aun cuando haya habido pleito sobre validez del legado, y con este motivo se hayan retardado la particion y la entrega, id.
6. Son igualmente gananciales los oficios de escribano y demás de esta clase comprados durante el matrimonio, id.
7. El peculio castrense es comunicable cuando lo adquirió el marido del cau dal comun, , , , id.
8. ¿Cuándo son comunicables las donaciones remuneratorias?, 89
9. Tambien son comunicables los productos del peculio casi castrense, id.
10. El precio de la finca que recobra el marido en virtud del pacto de retroventa, durante el matrimonio es comunicable entre los dos consortes, , , id.
11. Casos en que son ó no comunicables los bienes ó efectos que suelen regalar al novio ó á la novia los parientes ó estrangeros, , , , id.
12. La muger hasta que muere el marido no es dueña absoluta en propiedad y posesion de su mitad de gananciales. Al contrario el marido durante el matrimonio es verdadero dueño de ellos con dominio irrevocable, y así puede enagenarlos no mediando ánimo de defraudar á la muger, 89 y 90
13. Tambien se adquieren gananciales durante el matrimonio legítimamente contraído de buena fé, , , , , id.

- | | | |
|----------|--|---------|
| 14. | ¿En qué casos es ó no responsable el marido por el desfalcó que tengan los bienes de la sociedad conyugal? | 90 |
| 15 y 16. | Resuélvese la cuestion siguiente: ¿Si muerto uno de los consortes se presumiria tácitamente continuada la sociedad conyugal para la comunicacion de gananciales adquiridos despues del fallecimiento? | 90 y 91 |
| 17. | Los frutos que produzcan durante la proindivision los bienes adventicios de los hijos que están bajo la patria potestad, corresponden por derecho al padre como legítimo administrador | id. |
| 18. | ¿En qué casos no tiene lugar la regla general que hace comunes los bienes gananciales? | 91 y 92 |
| 19. | Por punto general los frutos de todos los bienes de ambos consortes de cualquiera calidad que éstos sean, ya haya llevado mas ó menos el uno que el otro al matrimonio, se comuniquen por mitad á entrambos, | id. |

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre el título de bienes gananciales, págs. 92. hasta..... 97

TÍTULO 6.º

DE LA PATRIA POTESTAD Y DE SUS EFECTOS CIVILES.

CAPÍTULO I.

De la naturaleza de la patria potestad, y de las obligaciones de los padres respecto de sus hijos legítimos..... pág. 97

- | | | |
|----|---|----------|
| 1. | Razon del método, | 97 |
| 2. | ¿Qué es patria potestad y á quienes corresponde? | 97 al 98 |
| 3. | Obligaciones de los padres: 1.ª la mantencion de los hijos, | id. |
| 4. | ¿En qué casos cesa la obligacion de los padres de mantener á sus hijos? | id. |
| 5. | 2.ª Obligacion de los padres: la educacion, | id. |

CAPÍTULO II.

De los derechos que da la patria potestad, respecto de los hijos y de sus bienes..... pág. 98

- | | | |
|----|---|-----------|
| 1. | Facultad que tienen los padres para servirse de sus hijos sin que éstos tengan derecho á exigirles salario, | 98 y 99 |
| 2. | Derecho de correccion y de castigo correccional, | id. |
| 3. | Derecho de poner en aprendizaje á sus hijos, | id. |
| 4. | Derecho del padre sobre los bienes de los hijos y especies del peculio correspondiente á éstos, | 99 al 100 |

TÍTULO 7.º

DE LA LEGITIMACION DE LOS HIJOS ESPURIOS NO LEGITIMADOS.

CAPÍTULO I.

De la legitimacion..... pág. 100

- | | | |
|----|-------------------------------------|-----|
| 1. | De los diversos modos de legitimar, | 100 |
|----|-------------------------------------|-----|

NÚMS.	PAGINAS.
2. ¿Cuáles hijos pueden ser legitimados? , , , , , , , , , ,	100
3. De la legitimacion por subsiguiente matrimonio y sus efectos 100 al, , , , ,	101
4. Aclaracion de algunos casos relativos á la legitimacion por subsiguiente matrimonio, , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
5. La legitimacion se verifica no solo respecto de los hijos, sino tambien de los nietos en el caso que allí se espresa, , , , , , , , , ,	id.
6. De la legitimacion por gracia ó concesion del soberano, , , , , , , , , ,	id.
7. Efectos que produce esta legitimacion, , , , , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO II.

De los hijos espúrios no legitimados.....pág. 101

1. ¿Cuántas clases hay de hijos espúrios? 101 y, , , , , , , , , ,	102
2. Obligacion de los padres respecto de estos hijos, , , , , , , , , ,	id.

TÍTULO 3.º

DE LA ADOPCION.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. ¿Qué es adopcion? , , , , , , , , , , , , , ,	102
2. Dos clases de adopcion 102 y, , , , , , , , , , ,	103
3. Requisitos de una y otra, , , , , , , , , , ,	id.
4. ¿Quienes no pueden adoptar ni ser adoptados? , , , , , , , , , ,	id.
5. Efectos de la adopcion y de la adrogacion, , , , , , , , , ,	id.
6. De la adopcion de los espósitos y huérfanos abandonados por sus padres 103 y, , , , , , , , , , , , , , , ,	104

TÍTULO 9.º

DE LOS MEDIOS DE DISOLVER LA PATRIA POTESTAD, Y EN ESPECIAL DE LA EMANCIPACION.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. Diversos modos de disolver la patria potestad, , , , , , , , , , ,	105
2. De la emancipacion y de los diversos modos con que puede verificarse, , , , , , , , , ,	id.
3. De la emancipacion legal ó por medio del matrimonio y de sus efectos, , , , , , , , , ,	id.
4. De la emancipacion voluntaria y de sus efectos 105 y, , , , , , , , , ,	106
5. De la emancipacion forzosa, , , , , , , , , , , , , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Acerca de los diferentes títulos de patria potestad.....pág. 106

Paternidad, 106 al, , , , , , , , , , , , , , , ,	108
Concubinato 108 al, , , , , , , , , , , , , , , ,	110
Quienes ejercen la patria potestad 110 y, , , , , , , , , , , , , , , ,	111

Legitimacion, 111 y.	112
Adopcion 112 al,	114
Derechos y obligaciones entre padres é hijos 114 al,	118
Emancipacion 118 y,	119

TÍTULO 10.º

DE LA TUTELA Y CURADURÍA.

CAPÍTULO 1.

<i>De la tutela</i>	pág. 120
1. Definicion de la tutela,	120
2. El menor debe recibir por tutor al que se le dé, aunque no lo pida,	id.
3. ¿Quiénes pueden nombrar tutor?	id.
4. De los que tienen prohibicion legal para ser tutores ¿en qué término pueden serlo la madre ó abuela de su hijo ó nieto? 120 y,	121
5. Aunque el padre pase á segundas nupcias no pierde como la madre la tutela y administracion de los bienes de su hijo; y razon en que se funda esta diferencia	id.
6. Cuántas especies hay de tutela?	id.
7. De la tutela testamentaria ¿quiénes pueden dar tutor en su testamento? 121 y	122
8. El que dá tutor testamentario no puede imponerle el gravámen de aconsejarse con otro, á menos que nombre á éste contutor,	id.
9. De la tutela legítima ¿á quiénes corresponde?	id.
10. Todos los parientes pueden ser compelidos á admitir este cargo excepto la madre y la abuela 122 y,	123
11. Penas impuestas á los parientes á quienes por derecho toca la tutela cuando no la quieren admitir sin tener causa legítima para ello, ó no piden al juez en debido tiempo que provea de tutor al pupilo,	id.
12. ¿Cuándo tendrá lugar la tutela dativa y á que juez corresponde en este caso nombrar tutor?	id.
13. Del discernimiento de la tutela, y en qué casos no es necesaria la intervencion del juez,	id.
14. Aunque se divida la administracion entre varios tutores ó curadores, el derecho de la tutela ó curaduría pasa á cada uno por entero. Requisito necesario para que valga la relevacion de dar cuentas que suelen hacer los testadores á favor de los tutores que nombran 123 y,	124

CAPÍTULO II.

<i>De la curaduría</i>	pág. 124
1. ¿Qué es curaduría y en qué se diferencia de la tutela?	124
2. Solo hay un caso de curaduría legítima,	id.
3. El juez debe confirmar el curador que el padre dejase en su testamento 124 y,	125
4. No puede obligarse al menor á tomar curador contra su voluntad,	id.

- | | |
|---|-----|
| 5. Necesidad del curador en los actos judiciales, | 125 |
| 6. Facultades del curador ad litem 125 y, | 126 |

CAPÍTULO III.

De las obligaciones de los tutores y curadores..... Pág. 126

1. Juramento que tienen que hacer los tutores y curadores antes que se les discierna la tutela ó curaduría, y fianzas que están obligados á dar algunos de ellos, 126 y, id.
2. Obligaciones que tienen los tutores y curadores de hacer inventario solemnemente y formal de todos los bienes, créditos, derechos y acciones del pupilo despues de discernida la tutela y curaduría, id.
3. Penas en que incurrén los tutores y curadores por no hacer el inventario con la rectitud y puntualidad debida, ó por dejar de incluir en él algunos bienes fraudulentamente, id.
4. ¿En qué pena incurrirán los mismos, si por dolo y no por alguna causa justa dejaren de hacer el inventario? 127 y, id.
5. Otras obligaciones de los tutores y curadores, id.
6. Los tutores y curadores no pueden enagenar los bienes raíces del menor, ni los muebles preciosos, sino para los objetos y con la formalidad que allí se expresa. También les está prohibido hacer otras cosas que se indican, id.

CAPÍTULO IV.

De los modos de acabarse la tutela y curaduría..... Pág. 129

1. Causas porque se acaba la tutela y curaduría, id.
2. De las excusas para no admitir la tutela: unas son necesarias y otras son voluntarias 129 y, id.
3. ¿Ante que juez y dentro de qué término han de presentarse estas excusas? id.
4. Pena del tutor testamentario que rehusare la tutela sin excusa legítima, id.
5. Excusas porque pueden ser tenidos por sospechosos los tutores ó curadores y ser removidos como tales 130 y, id.
6. ¿Quiénes tienen obligación de acusar por sospechosos al tutor ó curador? id.
7. ¿Ante qué juez se ha de instaurar la acusación, id.
8. Los bienes del tutor ó curador, los de sus herederos y fiadores están obligados á la responsabilidad de los daños que causen al menor, id.
9. Fenecida la tutela no puede el tutor ser obligado á admitir la curaduría aunque el padre del menor le haya nombrado en su testamento, id.

CAPÍTULO V.

De la décima que han de percibir los tutores y curadores por su administracion..... Pág. 132

1. Derecho que tienen los tutores y curadores á percibir la décima parte de los frutos que produzcan los bienes del menor, id.
2. La décima no se limita á los frutos naturales sino que tambien se estiende á los civiles, id.
3. Se ha de pagar la décima en los mismos frutos á arbitrio de buen varón, id.
- 4 al 6. ¿Qué deducciones deberán hacerse para la computación de la décima? 132 y, id.

7. Facultades concedidas al tutor y curador para asegurar el pago de la décima, , , , , , , , , , 133
8. De qué bienes no pueden exigir décima los tutores y curadores? 133 y, , 134
9. Ningun testador puede prohibir al tutor ó curador que perciba la décima como tampoco imponerle gravámen alguno en ella, y razones por qué, id.

CAPÍTULO VI.

Del privilegio de restitucion in integrun que concede la ley á los menores de veinticinco años; y de la licencia que pueden obtener para administrar sus bienes sin dependencia de curador. pág. 134

1. Qué quiere decir restitucion y en qué se funda este privilegio, 134 y , 135
2. ¿Qué deberá probar el menor para conseguir esta restitucion? , , , id.
3. Diversos medios que tiene el menor para el resarcimiento del perjuicio segun se haya celebrado el contrato, , , , , , , , , id.
4. Restituido el menor en un contrato debe devolver al otro contratante el lucro que hubiere percibido de tal contrato, , , , , , , , , 135
5. ¿Qué tiempo concede la ley á los menores para pedir la restitucion? , , 136
6. ¿Si aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, , , , id.
7. El beneficio de restitucion se trasmite á los herederos del menor, , , id.
8. El juez ha de conceder la restitucion con conocimiento de causa, , , id.
9. Casos en que el juez debe denegar la restitucion 136 y, , , , 137
10. De otras personas y corporaciones á quienes compete este beneficio, como si fuesen menores, , , , , , , , , id.
11. El menor puede obtener dispensa de edad para regir y administrar sus bienes sin dependencia de tutor ó curador, , , , , , , , , id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre la tutela y curaduría,</i>	pág. 137
Nombramiento de tutor, 138 á la , , , , , , , , ,	141
Administracion, 141 hasta, , , , , , , , ,	143
Exenciones, 143 y, , , , , , , , ,	144
Remocion, 144 y, , , , , , , , ,	145
Cuentas, 145 y, , , , , , , , ,	146
Restitucion in integrum, 146 y, , , , , , , , ,	147

LIBRO SEGUNDO.—De las cosas.

TÍTULO 1.º

DE LAS COSAS COMUNES, DE LAS PÚBLICAS Y DE CONSEJO.

CAPÍTULO ÚNICO.

Disposiciones legales acerca de las cosas comunes y de las públicas pág. 148

1. Definicion y division general de las cosas, , , , , , , , , 148
2. De las cosas comunes cuyo uso pertenecen á todos los hombres, 148 y, , 149
3. De las cosas que se llaman públicas, , , , , , , , , id.

- | | | | | | | | | | | |
|----|---|--------|---|---|---|---|---|---|---|-----|
| 4. | Definicion de las cosas de consejo, | , | , | , | , | , | , | , | , | 149 |
| 5. | Razon porque se hace tan solo una indicacion general de ellas en esta parte de la obra, | 149 y, | , | , | , | , | , | , | , | 150 |

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

- | | | |
|---|-------|-----|
| <i>Sobre la division de las cosas</i> | pág. | 150 |
| Cosas consideradas naturalmente, | 150 y | 151 |
| Cosas consideradas civilmente, | 151 y | 152 |

TITULO 2.º

DE LAS COSAS Y BIENES DE PARTICULARES Y DE LOS MODOS DE ADQUIRIRLOS.

CAPÍTULO I.

Division de las cosas ó bienes.....pág. 153

- | | | | | | | | | |
|--------|--|-------|---|---|---|---|---|-----|
| 1. | Qué se entiende por cosa privada y sus divisiones, | , | , | , | , | , | , | 153 |
| 2. | Cosas corporales é incorpóreas, | , | , | , | , | , | , | id. |
| 3 y 4. | Cosas muebles y sus diferentes clases, | , | , | , | , | , | , | id. |
| 5. | Aclaracion sobre estos bienes, | 153 y | , | , | , | , | , | 154 |
| 6. | Bienes inmuebles, | , | , | , | , | , | , | id. |
| 7. | Bienes inmuebles por naturaleza, | , | , | , | , | , | , | id. |
| 8. | Bienes inmuebles por el uso á que se aplican, | , | , | , | , | , | , | id. |
| 9. | Bienes inmuebles incorpóreos, | , | , | , | , | , | , | id. |
| 10. | Bienes ó cosas fungibles ó no fungibles, | , | , | , | , | , | , | id. |

CAPÍTULO II.

De los modos de adquirir el dominio de los bienes.....pág. 155

- | | | | | |
|----------|--|-----------|---|-----|
| 1. | ¿Qué es dominio y en qué se diferencia de la propiedad, | 155 y | , | 156 |
| 2. | Sus divisiones | , | , | id. |
| 3. | El dominio da derecho á todos los productos de la cosa, | , | , | id. |
| 4. | El propietario de un terreno es dueño de la superficie y de lo que hay debajo de ella, | , | , | id. |
| 5. | A nadie se puede privar de su propiedad sino en la forma prescrita por las leyes | 156 hasta | , | 159 |
| 6. | Modos como se adquiere el dominio | , | , | id. |
| 7. | De la ocupacion, caza y pesca | , | , | id. |
| 8. | Animales que son objeto de la caza | , | , | id. |
| 9. | Invenzion ó hallazgo | , | , | id. |
| 10. | De las minas, | 159 y | , | 160 |
| 11. | Bienes que pertenecen al estado | , | , | id. |
| 12 y 13. | De la accesion | , | , | id. |
| 14. | Caso de que un rio formase nuevo cauce, | 160 y | , | 161 |
| 15. | ¿A quién pertenece la isla que se forme? | , | , | id. |
| 16. | El dueño de una heredad no tiene derecho á la fruta que produzcan los árboles plantados en heredad ajena, aunque se estiendan sus raíces á la suya | , | , | id. |

NUMS.

PÁGINAS.

17 al 22. De la accesion industrial, 161 hasta	162
23 al 28. Accesion en las cosas muebles, 162 y	163
29. Al propietario de una finca corresponden los frutos naturales, los industria-	
les y los civiles	id.
30. Requisitos para trasladar la propiedad,	164
31 al 33. De la tradicion	id.
34 al 39. De la posesion, 164 y	165
40. De la prescripcion	id.
41 y 42. Personas que poseen precariamente y por lo mismo no pueden prescri-	
bir 165 y	166
43. Los jueces no pueden suplir de oficio la escepcion que resulta de las pres-	
cripciones	id.
44. Requisitos para la prescripcion	id.
45. Buena fé	id.
46. Justo título, 166 y	167
47. Posesion continuada,	id.
48. El que poseyó la cosa antiguamente, tiene á su favor la presuncion de ha-	
ber poseido tambien el tiempo intermedio	id.
49. Modo de interrumpir la posesion para el efecto de la prescripcion	id.
50. Tiempo señalado por la ley	id.
51. Que la cosa no sea viciosa, 167 y	168
52 y 53. Prescripcion de treinta años	id.
54. Prescripcion de las acciones	id.
55. Acciones que se prescriben por tres años, 168 y	169
56. Desde cuando se cuentan éstos	id.
57 y 58. Interrupcion de la prescripcion	id.
59. Puede renunciarse la prescripcion	id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

Acerca de las materias contenidas en el título 2,º de la propiedad pág. 170

Derechos del propietario, 170 y	171
Accesion, 171 hasta,	175
De la ocupacion, 175 al	177
Caza y pesca, 177 al	179
Hallazgo, 179 al	181

De la prescripcion pág. 181

Utilidad de la prescripcion, 181 al	183
Requisitos para prescribir, 183 al	187
Prescripcion de acciones y servidumbres 187 al	191
Causas que interrumpen y suspenden la prescripcion, 191 y,	192

TITULO 3.º

DE LA ADQUISICION DE CIERTOS DERECHOS SOBRE COSAS AJENAS, LLAMADOS SER-
VIDUMBRES.

CAPÍTULO I.

Nociones generales sobre la materia pág. 192

1. Qué sea servidumbre y quiénes pueden constituir la	192
---	-----

2. Sus divisiones,	192
3. El que tiene con otros la propiedad indivisa de una herencia, no puede su- jetar por sí á servidumbre ninguna parte de ella	193
4. El derecho de servidumbre comprende los demás derechos necesarios para que ésta tenga lugar	id.
5. Este derecho debe arreglarse por los términos ó pactos de su constitucion	id.
6. La persona á cuyo favor está constituida la servidumbre, no es responsa- ble del daño que intervenga sin su culpa al predio sirviente	id.
7. Modo de constituirse las servidumbres	id.
8. Cuando se empieza á contar el tiempo para la prescripcion	id.
9. Modo de extinguirse, 193 y	194
10. Otra division de servidumbre	id.

CAPÍTULO II.

De las servidumbres reales. pág. 194

1. Las servidumbres reales son rústicas y urbanas	194
2. Clases de servidumbres rústicas	id.
3. Derechos que contienen estas servidumbres, 194 y	195
4. La servidumbre de conduccion de agua puede ser natural ó convencional	id.
5. Algunos casos de esta servidumbre,	id.
6. Servidumbres urbanas	id.
7 y 8. Clases de esta servidumbre, 195 y	196

CAPÍTULO III.

De las servidumbres personales. pág. 196

1. Son usufructo, uso y habitacion	196
2. Modos como puede constituirse el usufructo	197
3. Derechos del usufructuario	id.
4. ¿A quién pertenecen los frutos naturales ó industriales que están pendien- tes de los árboles,	id.
5. Usufructo de cosas fungibles	id.
6 y 7. Derechos del usufructuario de un monte ó de otras cosas,	id.
8. El propietario no puede perjudicar los derechos del usufructuario	198
9. Puede reclamar las mejoras el usufructuario, 198 y	199
10. Obligaciones del usufructuario,	id.
11. Debe prestar la correspondiente fianza	id.
12. El usufructuario está obligado á hacer los reparos menores pero no los ma- yores	id.
13. El usufructuario y propietario son responsables de los daños que se origi- nen por no haber hecho los resparos cuando debian, 199 y	200
14. El usufructuario está obligado á pagar las cargas anuales de la finca	id.
15. Los gastos y condenas de los pleitos sobre usufructo son de cuenta del usu- fructuario	id.
16. No es válida la renuncia del usufructo en fraude de los acreedores	id.
17. No puede el usufructuario imponer servidumbre en la cosa dada en usu- fructo	id.
18. Modos de acabarse el usufructo, 200 y	201

CAPÍTULO II.

De la institucion de heredero.....pág. 214

1. Entre nosotros no es necesaria la institucion de heredero para la validez del testamento , , , , , , , , , , 214
- 2, 3, y 4. ¿Quién se dice que es heredero? y sus diferentes especies, , , 215
5. Personas que no pueden heredar por incapacidad, , , , , id.
6. Personas que no pueden heredar por indignidad, 215 y, , , , , 216
7. La institucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo, , id.
8. El testador debe hacer la institucion en términos claros, 216 y, , , , 217
9. Caso de que el testador errase en el nombre del heredero, , , , , id.
10. Puede tambien el testador instituir heredero condicionalmente , , , id.
11. Division de las condiciones, en posibles é imposibles, , , , , id.
12. Las condiciones posibles se dividen en potestativas, casuales y mixtas &c. 217 y, , , , , , , , , , 218
13. Institucion á dia y tiempo cierto, , , , , , , , , , id.
14. El que se apodera de la herencia sin autorizacion judicial, habiendo otros coherederos, perderá por esto solo el derecho que á ella tenia, , , , id.
15. Los herederos á quienes se les debe legitima, son los parientes por línea recta , , , , , , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO III.

De la sucesion testamentaria de los descendientes á los bienes de sus ascendientes.....pág. 219

1. En la línea recta es preferible la de los descendientes legítimos, , , 219
2. Entre los descendientes ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador sin distincion de sexo, 219 y , , , , , , , , , , 220
3. Se resuelve la cuestion, ¿cuándo el hijo se tendrá por concebido durante el matrimonio, y de consiguiente por legítimo? , , , , , , , , id.
4. Precauciones para asegurar la legitimidad del parto , , , , , id.
5. y 6. El hijo que dá á luz una viuda casada en segundas nupcias á los diez meses del fallecimiento de su primer esposo, y á los siete de haber contraido su segundo matrimonio, ¿será fruto de éste ó del primero? 220 y 221
7. Caso de que el abuelo hubiese tenido de muger soltera ó viuda un hijo natural , , , , , , , , , , , , , , id.
8. Tambien se consideran como hijos legítimos los que proceden de padres infieles, que despues se han convertido, ; , , , , , , , id.
9. La institucion que los padres deben hacer en sus hijos es la directa, sin condicion de gravámen , , , , , , , , , , id.
10. Lo mismo se entiende con los demás descendientes legítimos del testador, id.
11. Porcion de bienes que deben dejar á sus descendientes, 221 y , , , , 222
12. No está el padre obligado en vida á dar su legitima al hijo, porque no se les debe hasta despues de su muerte de aquel; pero puede hacerlo si quiere, , , , , , , , , , , , , , id.
13. La legitima hecha en vida por el padre á los hijos casados ó emancipados, puede ser irrevocable, , , , , , , , , , , id.
14. A falta de hijos legítimos, entran en la herencia los naturales legitimados y algunas veces los que no lo están, , , , , , , , , , id.

15. El legitimado puede ser mantenido aunque existan descendientes legítimos, 222 y, , , , , , , , , , , 223
16. Si no se hiciere mencion en el testamento del hijo natural no legitimado, es carga de los herederos el consignarle alimentos, , , , , , , , , , id.
17. El hijo natural no legitimado que ha sido desheredado por su padre, no tiene accion ninguna contra su testamento, , , , , , , , , , id.
- 18 y 19. Doctrina acerca de la sucesion de los hijos espúrios, 223 y, , , , , 224
20. Advertencia acerca de los hijos ilegítimos de todas clases, , , , , id.

CAPÍTULO IV.

De las mejoras pág. 225

1. Utilidad de las mejoras, , , , , , , , , , 225
2. Su definicion y sus diferentes especies, 225 y, , , , , , , , , 226
3. ¿Quiénes pueden hacer mejoras? , , , , , , , , , id.
- 4 y 5. El padre no puede mejorar á su hija legítima por razon de dote ni de casamiento; pero sí á la hija natural; razones de esta diferencia, , , , id.
6. ¿A qué tiempo deberá atenderse para ver si cabe la dote en la legítima de la hija, supuesto que no puede ser mejorada por razon de casamiento? 226 y 227
7. La facultad de mejorar se estiende á los abuelos respecto de los nietos. ¿Si podrán aquellos mejorar á los nietos por razon de dote ó casamiento, , id.
8. La espresada prohibicion que tienen los padres de mejorar á los hijos, se entiende por contrato en sanidad; mas no por testamento, pues en él pueden hacer mejoras en favor de las mismas, , , , , , , , , id.
9. Si el ascendiente no tuviere mas que un hijo ú otro descendiente legítimo, no puede mejorar á éste ni á nadie, excepto en los casos que allí se citan, 227 y, , , , , , , , , , 228
10. Caso en que se considera removido el gravámen de restitucion impuesto en el tercio por el padre, , , , , , , , , , id.
11. El que mejora en términos genéricos, se entiende que lo hace en tercio y quinto, , , , , , , , , , id.
12. Compete la facultad de mejorar el padre á sus hijos legítimos, aun quando éstos sean habidos en diferentes matrimonios. y aun en el caso que se deba á la muger pobre la cuarta marital, , , , , , , , , , id.
- 13 al 19. De los pactos que suelen hacer los descendientes de mejorar ó no mejorar á sus descendientes, 228 y , , , , , , , , , 229
20. Las madres y abuelas pueden hacer mejoras quando sus bienes son libres, de tal suerte, que el marido no tenga el usufructo de ellos, y aun teniéndolo, podrán hacerlo en los casos y términos que allí se espresan, , , , id.
21. El testador puede designar por sí mismo la finca ó fincas de la mejora; pero no puede encargar á otra persona de esta designacion, 229 y, , , , , 230
22. Habiendo señalado el testador en bienes determinados la mejora, se han de entregar al mejorado los mismos bienes en que se la designó, , , , , , , , , id.
- 23 y 24. Las mejoras pueden hacerse, no solo en términos espresos, sino tambien tácitamente. Ejemplos de estas mejoras tácitas, 230 y, , , , , 231
25. La finca poseída por el padre con el gravámen de restitucion, no se toma en cuenta para las mejoras, , , , , , , , , id.
26. El mejorado en tercio y quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, , , , , , , , , , id.

27. De el derecho de adreçer las mejoras, , , , , , , , ,	231
28. Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura entre vivos á alguno de los legítimos descendientes, y á otro por testamento, sin disponer del tercio, serán válidas dichas mejoras, ¿por qué? , , ,	id.
29. El mejorado en tercio y quinto que recibió en vida los bienes de su mejora, estará obligado á pagar el funeral del mejorante, pero no los legados, 231 y	232
30. De la revocacion de las mejoras. Si podrá haber mejora irrevocable respecto del quinto? , , , , , , , , ,	id.
31. De los excesos porque pueden revocarse las mejoras, , , , , , , , ,	id.
32. La facultad de revocar estas mejoras por dichas causas, corresponde al mejorante por ser personal, ¿y cuándo pasa á sus herederos? , , ,	id.
33. De la revocacion de las mejoras del tercio que dimana de la libre y espontánea voluntad del mejorante, , , , , , , , ,	id.
34. La revocacion puede hacerse de dos modos, á saber: por palabras expresas, ó de hecho, 232 y, , , , , , , , ,	233
35 al 39. Casos en que se presumen ó no revocables las mejoras, 233 y , , ,	234
40. Casos de revocacion en que el mejorado está obligado á restituir los frutos además de la cosa en que consiste la mejora, , , , , , , , ,	id.
41. Cuatro casos en que la mejora es irrevocable, , , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO V.

De la sucesion testamentaria de los ascendientes en los bienes de sus descendientes..... pág. 235

1. Los ascendientes son herederos forzosos en todos los bienes de sus descendientes á excepcion del tercio, , , , , , , , ,	235
2. La obligacion de instituir herederos á los ascendientes, comprende del mismo modo á los que están bajo la patria potestad que á los emancipados, 235 y, , , , , , , , ,	236
3. Los descendientes pueden consignar el tercio dejándolo á alguno de sus ascendientes ó á un extraño, , , , , , , , ,	id.
4. El hijo, aunque esté bajo la patria potestad, puede disponer del referido tercio, no solo en cuanto á la propiedad, sino tambien en cuanto al usufructo,	id.
5. El pacto recíproco de heredarse celebrado entre marido y muger, no es permitido al hijo en perjuicio de sus ascendientes, , , , , , , , ,	id.
6. No solo sucederán los ascendientes á sus legítimos descendientes careciendo éstos de hijos, sino tambien cuando los desheredan ó sustituyen á un extraño, , , , , , , , ,	id.
7. No sucederán sin embargo los ascendientes en bienes de mayorazgos, enfiteusis ó feudos, y razon por qué, , , , , , , , ,	id.
8. Casos en que tampoco sucederán á los descendientes, , , , , , , , ,	237
9. Los gastos del funeral del hijo, no deben deducirse del tercio, , , , , , , , ,	id.
10. Pero sí los legados, misas y demás gastos voluntarios, , , , , , , , ,	id.
11. No debe confundirse con los herederos el legatario del tercio, , , , , , , , ,	id.
12. Son por lo general recíprocos los derechos entre los descendientes y ascendientes en cuanto á la sucesion, , , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO VI.

De los herederos extraños..... pág. 238

1. ¿Quiénes son los herederos extraños? , , , , , , , , ,	238
---	-----

2.	No habiendo herederos forzosos puede el testador instituir á uno ó muchos estrafios,	238
3.	Requisitos que han de concurrir en los herederos estrafios para que sea vá- lida la institucion,	239
4.	Puede el testador dividir la herencia en las partes que quiera,	id.
5	al 11. Modo de dividir la herencia cuando el testador designa las partes ó deja de hacerlo,	239 y,
12 y 13.	Resolucion de varias dudas,	id.
14.	Caso de que el testador instituyere genéricamente á sus hermanos, y unos lo fuesen por entero, y otros medios hermanos,	240 y,
15.	Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos, no son llamados los hijos de algun hermano difunto,	id.
16.	Entre los herederos estrafios se comprenden los usufructuarios, fideicomisa- rios y fiduciarios,	id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

Sobre los testamentos en general.....pág. 241

Utilidad del derecho de testar, 241 al,	, , , , , , , , , ,	243
Reglas generales, 243 y,	, , , , , , , , , ,	244
Capacidad de disponer por testamento, 244 hasta,	, , , , , , , , , ,	247

*De las formalidades y disposiciones de los testamentos.....*pág. 247

[illegible]

De las mejoras pág. 253

[illegible]

. TITULO 5.º

DE LA SUSTITUCION DE HEREDERO.

CAPÍTULO I.

De la sustitucion en general pág. 259

[illegible]

CAPÍTULO II.

De la sustitucion vulgar.....pág. 260

1. ¿Qué es sustitucion vulgar? , , , , , , , , , 260
2. Sus divisiones, , , , , , , , , id.
3. ¿Qué debe hacerse cuando la institucion es desigual? , , , , id.
4. Caso de nombrarse varios sustitutos, , , , , , , , id.
5. ¿Cuándo acaba esta sustitucion, , , , , , , , id.

CAPÍTULO III.

De la sustitucion pupilar.....pág. 261

1. Su definicion, , , , , , , , , 261
2. Requisitos necesarios para su validez, , , , , , , , id.
3. Es manifiesta y tácita, 261 y, , , , , , , , 362
4. Excepcion de la anterior doctrina, , , , , , , , id.
5. Sustitucion del póstumo, , , , , , , , id.
6. Sustitucion del hijo arrogado, , , , , , , , id.
7. Sustitucion del desheredado, , , , , , , , id.
8. No puede el abuelo sustituir pupilarmente al nieto, 262 y , , , , 263
9. ¿El sustituto pupilar escluye á la madre? , , , , , , id.
10. El sustituto pupilar queda dueño absoluto de los bienes , , , , id.
11. No se le permite eleccion, , , , , , , , id.
12. Causas por qué se escluye, 263 y, , , , , , , , 264
13. Advertencia para la mejor inteligencia de esta materia, , , , , id.

CAPÍTULO IV.

De la sustitucion pupilar.....pag. 264

1. Su definicion, , , , , , , , , 264
2. Personas que pueda hacerla, , , , , , , , id.
3. Orden que debe guardarse, 264 y, , , , , , , , 265
4. Causas porque concluye, , , , , , , , id.

CAPÍTULO V.

De la sustitucion compendiosa..... pag. 265

1. Su definicion, , , , , , , , , 265
2. Quienes pueden hacerla, , , , , , , , id.
3. Varios casos de la ley de Partida, , , , , , , , id.
4. ¿Qué debe tenerse presente en la materia? , , , , , , id.

CAPÍTULO VI.

De la sustitucion brevilocua.....pag. 266

1. ¿Cómo se define? y porcion que les corresponde, , , , , , 266
2. ¿Quién puede hacerla?, , , , , , , , id.
3. Clases que en ella se incluyen, , , , , , , , id.

CAPÍTULO VII.

<i>De la sustitucion fideicomisaria y de la cuarta trebeliánica</i>	pag.	266
1. ¿Qué se entiende por sustitucion fideicomisaria?	, , , , ,	266
2. Personas que pueden hacerla, 266 y	, , , , ,	267
3. Diferencia entre heredero fiduciario y fideicomisario,	, , , , ,	id.
4. Caso de que se imponga el gravámen al heredero con respecto á los co-herederos,	, , , , ,	id.
5. ¿Qué sucede cuando muere el fideicomisario antes de la adicion?	, , , , ,	id.
6. Obligacion del heredero gravado condicionalmente,	, , , , ,	id.
7. Si vale la sustitucion con la cláusula cuando él quiera,	, , , , ,	id.
8. Gravámen en un descendiente legítimo á favor de un estraño	, , , , ,	id.
9. Puede el fideicomisario sacar la cuarta parte de los bienes	, , , , ,	id.
10. Objeto de la cuarta trebeliánica,	, , , , ,	id.
11. ¿Qué es cuarta trebeliánica?	, , , , ,	id.
12. Forma en que debe sacarse, 267 y	, , , , ,	268
13. El hijo del testador hace suyos los productos,	, , , , ,	id.
14. No puede apresurársele á que admita la herencia,	, , , , ,	id.
15. Está obligado á satisfacer á prorata las deudas,	, , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Acerca de las condiciones y sustituciones,</i> págs. 268 y	269
Sustitucion vulgar, 268 hasta,	271
Sustitucion pupilar y ejemplar, 271 y	272

TÍTULO 6º.

DE LAS ACEPTACIONES Y REPUDIACION DE HERENCIAS.

CAPÍTULO I.

<i>De la aceptacion ó adicion.</i>	pag.	272
1. Personas que pueden aceptar la herencia, 272 y	, , , , ,	273
2. Modos cómo pueden hacerlo	, , , , ,	id.
3. Término para deliberar	, , , , ,	id.
4. Beneficio de inventario,	, , , , ,	id.
5. Gestiones para la que se supone haberla aceptado,	, , , , ,	id.
6. Término para reclamar las deudas, 273 y	, , , , ,	274

CAPÍTULO II.

<i>De la repudiacion de herencia.</i>	pag.	274
1. ¿Quiénes pueden repudiarla?	, , , , ,	274
2. Término para repudiarla,	, , , , ,	id.
3. ¿Cómo puede repudiarse?	, , , , ,	id.
4. Excepcion de la anterior doctrina	, , , , ,	id.
5. No se permite renunciacion	, , , , ,	id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre la adquisicion hereditaria</i>	pag.	275
Aceptacion, 275 hasta, ...		278

TÍTULO 7.º

DE LA DESHEREDACION.

CAPITULO I.

<i>De la desheredacion en general</i>		279
1.	¿Qué se entiende por desheredaciones?, , , , , , , ,	279
2.	¿Quién puede hacerla?, , , , , , , ,	id.
3.	¿Cómo debe hacerse? , , , , , , , ,	id.
4.	Debe ser total y absoluta, , , , , , , ,	id.
5.	Debe fundarse en justas causas, , , , , , , ,	id.
6.	Efectos de la desheredacion , , , , , , , ,	280

CAPÍTULO II.

<i>De las justas causas para la desheredacion de los descendientes, ascendientes y hermanos</i>		pág.	280
1.	Causas por las que se autoriza la desheredacion de los descendientes: por poner manos airadas en el padre	280	
2.	Por infamarle, 280 y	281	
3.	Por no salir fiador por él, ...	id.	
4.	Por hacerse jugador ó farsante, por dinero: caso particular con respecto á la hija, ...	id.	
5.	Por no recoger y alimentar al ascendiente loco	id.	
6.	Por no redimir al ascendiente cautivo	id.	
7.	Por volverse moro, judío ó herege, ...	id.	
8.	¿Podrá ser desheredado si contrae matrimonio clandestino ó sin consentimiento paterno?	id.	
9.	Desheredacion de los ascendientes, 281 y	282	
10.	Desheredacion de los hermanos, ...	id.	
11.	Causas por las que se pierde la herencia	id.	

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre las desheredaciones:</i>	pág	282
Desheredacion de los hijos, 282 hasta , , , , , , , ,		285
Desheredacion de los padres , , , , , , , ,		id.
De los ejecutores testamentarios, 285 y, , , , , , , ,		286

TÍTULO 8.º

DE LA REVOCACION.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. Cuando se revoca ó invalida,

287

NUMS.

PÁGINAS.

2. No se invalida por el simple transcurso del tiempo, , , , , , , , ,	287
3. Casos en que vale el primer testamento, 287 y , , , , , , , , ,	288
4. Advertencia al escribano, , , , , , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre la revocacion del testamento</i>	pág. 289
Revocacion directa, 289 y , , , , , , , , ,	290
Revocacion indirecta, 290 y , , , , , , , , ,	291

TÍTULO 9.º

DE LOS COMISARIOS, Y DE LOS TESTAMENTARIOS Y ALBACEAS.

CAPÍTULO I.

<i>Del poder para testar</i>	pág. 292
1. ¿Qué es poder para testar? , , , , , , , , ,	292
2. Solemnidades que se requieren , , , , , , , , ,	id.
3. Personas que pueden darlo , , , , , , , , ,	id.
4. Facultades del comisario , , , , , , , , ,	id.
5. Puede mejorar ó sustituir entre personas designadas por el testador , , ,	id.
6. No es delegable el poder para testar, si así no se espresa en él , , ,	id.
7. Caso en que el testador no nombra heredero 292 y , , , , ,	293
8. No puede el comisario alterar el testamento que hizo , , , , ,	id.
9. Puede darse poder para concluir un testamento empezado , , , , ,	id.
10. Caso de que el comisario muera sin otorgar el testamento , , , , ,	id.
11. Siendo varios los comisarios se estará á lo que decida la mayoría , , ,	id.
12. Término señalado al comisario 293 y , , , , , , , , ,	294
13. Puede el testador prorogar éste término , , , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO II.

<i>De los testamentarios ó albaceas</i>	pág. 294
1. ¿Qué se entiende por albaceas? , , , , , , , , ,	294
2. ¿Quiénes pueden serlo? 294 y , , , , , , , , ,	295
3. ¿De cuántas clases son? , , , , , , , , ,	id.
4. Pueden demandar judicialmente los bienes del testador en algunos casos, 295 y , , , , , , , , ,	296
5. Los testamentarios universales están obligados á formar inventario , , ,	id.
6. En caso de enagenar los bienes deben hacerlo en pública almoneda , , ,	id.
7. No pueden conmutar lo dejado para causas pias , , , , , , , , ,	id.
8. No es delegable este encargo , , , , , , , , ,	id.
9. Término en que debe evacuarse , , , , , , , , ,	id.
10. Si no cumplen su encargo pierden las mandas , , , , , , , , ,	id.
11. Este encargo debe ser gratuito 296 y , , , , , , , , ,	297
12. Causas por que concluye , , , , , , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre el poder de testar, págs. 297 y</i>	298
--	-----

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre los ejecutores testamentarios, págs. 298 y 299

TÍTULO 10.

DE LAS MANDAS Ó LEGADOS: DE LA CUARTA FALCIDIA, Y DEL
DERECHO DE ACRECER EN LOS LEGADOS.

CAPÍTULO I.

De las mandas pág. 300

1. La facultad de legar es un complemento de la de testar, , , , , 300
2. ¿Qué es legado? , , , , , , , , , id.
3. Personas que pueden y á quiénes se pueden legar, 300 y , , , , 301
4. El testador debe hacer por sí mismo las mandas , , , , , id.
5. Cosas que se pueden legar , , , , , , , , , id.
6. Instrumento en que se puede legar , , , , , , , , id.
7. No pueden los testadores manifestar su voluntad por señas, 301 y , , 302
8. Divisiones de los legados , , , , , , , , id.
9. Legados específicos , , , , , , , , id.
10. Modos como puede legarse, 302 y , , , , , , , 303
11. Legado á dia cierto é incierto , , , , , , , , id.
12. Legado condicional , , , , , , , , id.
13. Diferencias de las condiciones de hecho ó de derecho , , , , , id.
14. El legatario debe cumplir exactamente la condicion posible, , , , id.
15. Cumplido el precepto del testador se adquiere el dominio irrevocable , , id.
16. Cuando la condicion es negativa debe el legatario prestar la caucion Mu-
ciana , , , , , , , , , , 304
17. ¿Cuándo se tendrá por cumplida la condicion potestativa? , , , , id.
18. Las condiciones compulativas deben cumplirse todas , , , , id.
19. Si son diyuntivas bastará cumplir una , , , , , id.
20. Caso de que se imponga una condicion á muchos , , , , id.
21. Legado de cierto modo ó modal , , , , , , , , id.
22. Legado con demostracion, 304 y , , , , , , , 305
23. Legado causal , , , , , , , , id.
24. Legado alternativo , , , , , , , , id.
25. Otras divisiones de legados , , , , , , , , id.
26. Legado de cosa propia , , , , , , , , id.
- 27 al 34. Varios casos de legados, 305 y , , , , , , , 306
35. Legado de cosa agena , , , , , , , , id.
36. Hay que distinguir si sabia ó no el testador que la cosa legada era agena id.
37. Obligacion del heredero en este legado , , , , , , , id.
38. Legado de cosa empeñada, 306 y , , , , , , , 307
39. Caso de que el testador legase al deudor la prenda que éste le había en-
tregado , , , , , , , , , id.
40. Legado de cosa existente , , , , , , , , id.
41. Legado de cosa futura , , , , , , , , id.

NUMS.	PÁGINAS.
42. Legado de cosas incorpóreas , , , , , , , , ,	307
43. Legado el usufructo no pertenecerá la propiedad al legatario , , ,	id.
44. Legado de crédito , , , , , , , , ,	id.
45. Legado de liberacion, 307 y , , , , , , , , ,	308
46. Caso que el testador negase el instrumento del crédito , , , ,	id.
47. En la remision de la deuda se entiende remitido el crédito puro vencido y de presente, no el condicional y á dia cierto , , , , , , ,	id.
48. Legado de deuda , , , , , , , , ,	id.
49. Utilidad de este legado , , , , , , , , ,	id.
50. Legado de eleccion , , , , , , , , ,	id.
51 al 53. Varios casos de legar, 308 y , , , , , , , ,	309
54. Legada la cosa y su valor debe pedirse primero éste , , , , ,	id.
55 al 57. Otros casos de legados , , , , , , , , ,	id.
58. Es nulo el legado cuando el testador yerra el nombre del legatario, 309 y ,	310
59. Legados de alimentos , , , , , , , , ,	id.
60. ¿Qué cantidad deberá darse por alimentos? , , , , , , ,	id.
61. ¿Qué se entiende por alimentos? , , , , , , , ,	id.
62. Cosas que no se pueden legar, , , , , , , , ,	id.
63. Puede el legatario admitir ó desechar el legado, , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO II.

<i>De la revocacion de los legados y de la cuarta falcidia.....</i>	<i>pág. 311</i>
1. Puede el testador revocar los legados cuantas veces quiera , , ,	311
2. Se entienden revocados por enemistad capital , , , , ,	id.
3. Cando perece sin culpa del heredero , , , , ,	id.
4. Se revoca tambien por enagenacion de la cosa legada , , , ,	id.
5. Por trasformarse de modo que parezca otra diversa , , , , ,	id.
6. Caso especial del legado de un carro, 311 y , , , , ,	312
7. Caso de que el testador empeñe ó hipoteque la cosa legada , , , ,	id.
8. No hay revocacion cuando se lega la cosa ó su valor y ésta se enagena ,	id.
9. Cual fué el objeto de la cuarta falcidia , , , , ,	id.
10. Cuando tiene lugar , , , , , , , , ,	id.
11. Casos en que no puede deducirse , , , , , , , , ,	id.

CAPÍTULO III.

<i>Del derecho de acrecer en los legados.....</i>	<i>pág. 313</i>
1. ¿Cuándo tendrá lugar en las herencias? , , , , , , ,	313
2. ¿Qué es derecho de acrecer y de no decrecer? , , , , , , ,	id.
3. Es necesario que haya conjuncion , , , , , , , ,	id.
4. Diferentes especies de conjuncion , , , , , , , ,	id.
5. Reglas sobre el derecho de acrecer, 313 y , , , , , , ,	314
6. Si los legatarios son conjuntos en la cosa, pasa sin carga el conjunto , ,	id.
7. Caso que uno de los legatarios vendiese ó enagenase su parte, , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

<i>Sobre el título de legados, pag. 314 hasta.....</i>	<i>317</i>
Reduccion de legados, , , , , , , , , , ,	317

TÍTULO 11.

DEL USUFRUCTO EN LAS HERENCIAS Y LEGADOS.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. Razon de tratar aquí esta materia,	318
2. El usufructo en las herencias y legados es de la misma naturaleza que el general,	id.
3. ¿Puede el testador dispensar la fianza? 318 y	319
4. Puede dejar á uno ó á muchos el usufructo	id.
5. Puede legar á uno la propiedad	id.
6. Pertenece al usufructuario los frutos existentes	id.
7. También hace suyos los frutos recogidos,	id.
8. Cuando se lega el usufructo de una finca, se entiende que también se lega el de los instrumentos para su labor	id.
9. Si el testador tiene hijos solo podrá dejar en usufructo el quinto de sus bienes,	320
10. ¿En el usufructo de todos los bienes se comprenden los venales?	id.
11. Caso de que los cónyuges se instituyen mutuamente por usufructuarios, nombrando á otro por heredero	id.
12. El usufructuario universal debe satisfacer las deudas y legados	id.
13. En el usufructo también tiene lugar el derecho de acrecer, 320 y	321
14. Hay derecho de acrecer aun en el caso de que el conjunto repudiase su parte después de aceptada,	id.
15. Casos en que no tiene lugar este derecho,	id.

TÍTULO 12.

DE LOS CODICILOS.

CAPÍTULO ÚNICO.

1. Fué muy útil su introducción en Roma, 321 y	322
2. ¿Qué es codicilo y quién puede hacerlo?	id.
3. Puede ser abierto ó cerrado	id.
4. Cosas que no pueden hacerse en codicilo	id.
5. Cosas que pueden hacerse, 322 y	323
6. Clausula codicilar	id.
7. ¿Cuándo se entiende puesta aunque se omita?	id.
8 y 9. Efectos que produce, 323 y	324
10. Puede uno morir con varios codicilos,	id.
11. ¿Cómo puede revocarse?	id.

REFLEXIONES FILOSÓFICAS.

Sobre la materia de los codicilos 324 hasta..... 326

TITULO 13.

DE LAS SOLEMNIDADES PARA LA APERTURA DE TESTAMENTOS, Y PREVENCIONES
A LOS ESCRIBANOS.

CAPÍTULO I.

De las diligencias que deben practicarse para la apertura de testamentos y codicilos cerrados y para reducir á instrumento público los abiertos.....

1.	Término en que debe presentarse el testamento , , ,	327
2.	Puede pedir por sí el interesado que se abra y publique , , ,	id.
3.	Debe procederse al exámen de los testigos y reconocimiento de sus firmas 327 y , , , , , , , , , , , , ,	328
4.	Caso de que no puedan ser habidos dichos testigos , , , ,	id.
5.	Caso de haber fallecido los mismos ó ignorarse su paradero, 328 y , ,	329
6.	Debe darse traslado íntegro á los herederos del testamento , , ,	id.
7.	Caso en que no debe darse , , , , , , , , ,	id.
8.	No puede celebrarse pacto ni contrato antes de la publicacion del testa- mento , , , , , , , , , , , , ,	id.
9.	Diligencias para llevar á efecto el testamento nuncupativo , , ,	id.
10.	Caso de que el testamento estuviese dispuesto en cédula ó esquela simple- mente sin concurrencia de escribano 329 y , , , , , , , , ,	330

CAPÍTULO II.

*Previsiones á los escribanos para el acierto en esta materia de
últimas voluntades.....*

1. Debe instruir al testador de lo que las leyes previenen , , , ,	330
2. Cláusulas que no serian válidas, 330 y , , , , ,	331
3. Puede el testador prohibir que se abra su testamento cerrado ó abierto ,	id.
4. Cláusula que se acostumbra en tales casos , , , , ,	id.
5. Puede ser en parte abierto y en parte cerrado , , , , ,	id.
6. Forma en que puede el testador nombrar heredero, 331 y , , , ,	332
7. No debe el escribano designar persona al testador, , , , ,	id.
8. Otorgamiento del testamento de uno que está convulso y no puede hablar	id.
9. Otorgamiento del de un loco con lucidos intervalos, 332 y , , , ,	333
10. Caso de que el testador no entienda el idioma, , , , ,	id.
11. No puede el escribano autorizar el testamento cerrado en que es instituido heredero; pero sí el propio y el nuncupativo, 333 y , , , ,	334
12. ¿De que manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento, , , , , , , , , ,	id.
13. Puede otorgarse el testamento de dia ó de noche, 334 y , , , ,	335
14 y 15. Advertencia sobre el testamento de extranjeros, 335 y , , , ,	336

TÍTULO 14.

DE LA ADQUISICION DE BIENES POR SUCESSION INSTESTADA.

CAPÍTULO I.

Nociones preliminares sobre la materia.....pág. 336

1. ¿Qué es sucesion instestada? 336 y , , , , , , , 337
2. La ley tuvo en cuenta los sentimientos del hombre, , , , , id.
3. Casos en que tiene lugar, , , , , , , , id.
4. Modos de suceder , , , , , , , , id.

CAPÍTULO II.

Orden y reglas que deben observarse en la sucesion instestada....pág. 338

1. Personas llamadas á la sucesion , , , , , , , 338
2. *Primer orden de sucesion*.—Descendientes legítimos, 338 y , , , 339
3. Caso de dejar el difunto hijos y nietos , , , , , , , id.
4. Sucesion de los hijos legitimados por rescripto del príncipe , , , id.
5. Sucesion de los hijos naturales, , , , , , , id.
6. Sucesion de los espúrios , , , , , , , id.
7. Sucesion de los adoptados ó prohijados , , , , , , , id.
8. *Segundo orden de sucesion*.—Ascendientes legítimos, 339 y , , , 340
9. Sucesion de los padres á los hijos naturales , , , , , , , id.
10. Sucesion del padre al hijo espúrio , , , , , , , id.
11. La reciprocidad no tiene lugar en la adopcion, , , , , , , id.
12. *Tercer orden de sucesion*.—Colaterales hasta el cuarto grado inclusive, , id.
13. Modo de proceder á la averiguacion de éste, 340 y , , , , 341
14. En la sucesion colateral se atiende á la proximidad del parentesco , , id.
15. Los hermanos bilaterales son los primeros llamados , , , , id.
16. En su defecto los unilaterales, , , , , , , id.
17. A falta de hermanos y sobrinos suceden los demás colaterales , , id.
18. Caso de que el instestado fuese hijo natural y no dejase descendientes ni madre, 341 y , , , , , , , 342
19. Los espúrios no suceden á los parientes del padre , , , , id.
20. *Cuarto orden de sucesion*.—Los hijos naturales con respecto al padre, , id.
21. *Quinto orden de sucesion*.—El cónyugo sobreviviente : , , , id.
22. Esta sucesion no perjudica el derecho de la viuda á la cuarta marital, , id.
23. *Ultimo orden de sucesion*.—El Fisco , , , , , , , id.

CAPÍTULO III.

De la sucesion de los bienes troncales.....pág. 343

1. Es costumbre en algunos pueblos que vuelvan los bienes al tronco , , 343
2. Requisitos para que tenga lugar esta sucesion , , , , , id.
3. Bienes que deben volver al tronco , , , , , , , id.
4. Entre estos bienes se cuentan tambien los censos, 343 y , , , 344
5. Este fuero no se amplia á los bienes que están fuera del territorio , , id.
6. El heredero troncal debe pagar á medias las deudas del difunto, , , id.
- 7 y 8. Advertencia sobre las herencias abintestato , , , , , , , id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre el título de sucesion intestada, 344 hasta	, , , , ,	348
Cualidades para suceder abintestato, 348 hasta	, , , , ,	350
Diversas clases de sucesiones, 350 hasta	, , , , ,	356
Sucesiones irregulares, 356 hasta	, , , , ,	360

TITULO 15.

DE LOS BIENES RESERVABLES.

CAPÍTULO I.

De los casos en que tiene lugar la reservacion, y de los bienes que están sujetos á ella..... pág. 361

1. Causa de la introduccion de las reservas , , , , , , 361
2. Los nietos y demás descendientes tienen tambien este derecho , , , id.
- 3 al 7. ¿Que se entiende por bienes reservables y cuáles lo son? 361 y , 362
8. Como garantía de este derecho están tácitamente hipotecados los bienes del cónyuge que sobrevive , , , , , , , id.
9. La viuda que se casa está obligada á afianzar, aunque su difunto esposo la hubiere nombrado en su testamento tutora y curadora de sus hijos , , , , , , , id.
10. No tiene lugar esta doctrina con respecto al padre, , , , id.
11. La propiedad de los bienes reservables la tiene el cónyuge que sobrevive mientras permanece en estado de viudez, 362 y , 363
12. Diferencia que hay en esto entre el viudo y la viuda , , , , id.
- 13 y 14. Resolucion de varias cuestiones , , , , , id.

CAPÍTULO II.

De los casos en que no tiene lugar la reservacion..... pág. 364

1. Cuando los bienes recayeron en el hijo por otro título que no sea de sucesion de su ascendiente, , , , , , , 364
2. Segun algunos autores tampoco está la madre obligada á reservar los bienes que el hijo la dejó en su testamento con título de institucion ó legado , , , , , , , id.
3. Cesa tambien cuando el marido dió á la muger alguna cosa en premio de sus prendas, , , , , , , id.
4. Si hubiere precedido licencia del soberano para contraer matrimonio, opinan algunos autores que tampoco tiene lugar, 364 y , 365
5. Tambien escluyen de esta obligacion á la muger que se casó segunda vez con licencia del marido. Poco fundamento de esta opinion, , , id.
6. ¿Quedaré la madre exenta de esta obligacion con la licencia de los hijos? , id.
7. Los bienes gananciales están exentos de reserva , , , , id.
8. En los casos en que la madre no está obligada á reservar, hace suyos los bienes que heredó de los hijos ó del marido , , , , id.
9. La obligacion impuesta á la madre de reservar la propiedad no procede con respecto al usufructo, , , , , id.

10. Aunque la madre viuda herede á un hijo y se case despues con otro, no pier-
de por eso ni debe restituir el usufructo, 365 y , , , , , 366
11. Tampoco por la segundas nupcias pierde la muger el usufructo que el ma-
rido la dejó de sus bienes , , , , , id.

TÍTULO 16.

DE LOS MAYORAZGOS, DE LOS PATRONATOS Y CAPELLANÍAS.

CAPÍTULO I.

Derecho antiguo: mayorazgos regulares..... pág. 366

- | | | | | | | | | | |
|-----|--|---|---|---|---|---|---|---|-----|
| 1. | Definición del mayorazgo, 366 y | , | , | , | , | , | , | , | 367 |
| 2. | Todo mayorazgo se considera regular en caso de duda, | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 3. | Son por naturaleza indivisibles, | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 4. | La sucesión de los mayorazgos es perpétua en todos los descendientes del fundador, | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 5. | Los bienes de los mayorazgos eran por su naturaleza inenagenables, | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 6. | Circunstancias que deben tenerse presentes en los mayorazgos | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 7. | Los hijos legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio, son llamados á la sucesión, 367 y | , | , | , | , | , | , | , | 368 |
| 8. | La proximidad del parentesco se considerase respecto del último poseedor | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 9. | A éste no sucede por derecho hereditario sino de sangre, | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 10. | Muerto el poseedor pasa al sucesor la posesión civil y natural de todos los bienes | , | , | , | , | , | , | , | id. |
| 11. | Todas las mejoras hechas en cosas de mayorazgos, ceden á éste, 368 y | , | , | , | , | , | , | , | 369 |
| 12. | Todas las reglas en los mayorazgos ceden á la voluntad del fundador, | , | , | , | , | , | , | , | id. |

CAPÍTULO II.

De los mayorazgos irregulares..... pág. 369

- | | | | |
|-----|---|-----------------------|-----|
| 1. | Sus diferentes clases | , , , , , : , , , , | 369 |
| 2. | Mayorazgo de riguroso agnacion, | 369 y , , , , , , , , | 370 |
| 3. | Mayorazgo de agnacion fingida ó artificiosa | , , , , , , , , | id. |
| 4. | Mayorazgo de simple masculinidad | , , , , , , , , | id. |
| 5. | Mayorazgo de femineidad | , , , , , , , , | id. |
| 6. | Mayorazgo de eleccion | , , , , , , , , | id. |
| 7. | Mayorazgo alternativo, | 370 y , , , , , , , , | 371 |
| 8. | Mayorazgo saltuario, | , , , , , , , , | id. |
| 9. | Mayorazgo de segundo-genitura | , , , , , , , , | id. |
| 10. | Mayorazgo incompatible, | 371 y . , , , , , , , | 372 |

CAPÍTULO III

Del orden de sucesion en los mayorazgos; de las obligaciones del poseedor, y causas porque se pierde..... pág. 372

1. En la sucesion de los mayorazgos se cuentan los grados segun el derecho civil , , , , , , , , , , , 372

2 al 8.	Explicacion del árbol genealógico, 372 y,	, , , , , ,	373
9.	El poseedor del mayorazgo debe cumplir las condiciones posibles y honestas impuestas en la fundacion, 373 y,	, , , , , ,	374
10.	Obligacion del poseedor acerca de la pérdida ó deterioro que sufrieren los bienes vinculados, 374 y,	, , , , , ,	id.
11.	Está obligado el poseedor al pago de todos los censos, tributos y cargas de los bienes vinculados , , , , , , , ,		375
12.	Distincion que debe hacerse en cuanto á las espensas que haga el poseedor por causa de mayorazgo , , , , , , , ,		id.
13.	Causas porque puede perderse el mayorazgo, , , , , , , ,		id.

CAPÍTULO IV.

De los modos de probar la vinculacion de los bienes, y de los medios para obtener la posesion del mayorazgo vacante.....pág. 376

1.	Espónense cuáles sean estos modos , , , , , , , ,	376
2.	Advertencias sobre los mismos, , , , , , , ,	id.
3.	¿En qué términos deben hacer la deposicion los testigos, , , , , ,	id.
4.	Sobre si deberá ó no admitirse otro género de prueba , , , , , ,	id.
5.	Modo de buscar las agregaciones hechas á un mayorazgo , , , , , ,	id.
6 al 9.	Noticia sobre el artículo de administracion del mayorazgo y de la tenuta, 377 y , , , , , , , ,	378

CAPÍTULO V.

De los patronatos.....pág. 378

1.	¿Qué cosa es patronato, y en qué consiste este derecho? 378, y , , , , ,	379
2.	Dividese el patronato en hereditario, gentilicio y misto. Varias subdivisiones del mismo , , , , , , , ,	id.
3.	Otra subdivision en eclesiástico, laico y misto , , , , , , , ,	id.
4.	El derecho de patronato es indivisible y se adquiere originariamente de cinco modos, , , , , , , ,	id.
5.	Pueden ser patronos clérigos, legos, hombres y mugeres, adultos ó impúberos. 379 y, , , , , , , ,	380
6.	Los patronos eclesiásticos tienen seis meses para presentar, y los seglares cuatro, á excepcion del patronato misto, en que legos y eclesiásticos tienen aquel plazo, , , , , , , ,	id.
7.	El patrono eclesiástico no puede hacer mas que una presentacion en cada vacante; pero no así el lego, pues tiene facultad de presentar á varios sugetos, entre quienes elige el obispo, 380 y, , , , , ,	381
8.	Cuando el patrono es una corporacion, deben ser convocados al acto de presentar todos sus individuos , , , , , , , ,	id.
9.	Si el derecho de presentar corresponde á varios sugetos que no forman corporacion, obtiene el beneficio el que reúne mayor número de votos, , , , , ,	id.
10.	Dada la institucion al presentado, cesan las facultades del patrono, , , , , ,	382
11.	Si interviene algun interés á favor del patrono, es simoniaca la presentacion , , , , , , , ,	id.
12.	¿Cuándo la sucesion del patronato se verifica por cabezas, y cuándo por ramas? , , , , , , , ,	id.

- | | |
|---|-------------------|
| 13. ¿Quiénes no pueden ser patronos? | 382 |
| 14. ¿Por cuantas causas se trasfiere á otros el derecho de patronato? | id. |
| 15. ¿Por qué medios se estingue este derecho? | 382 y , , , , 383 |

CAPÍTULO VI.

De las capellanías. pág. 383

- | | |
|---|-------------------------------|
| 1. ¿Qué es capellanía y de cuántas especies las hay? | 383 y , , , , 384 |
| 2. Circunstancias de las capellanías mercenarias en que el capellan administra sus bienes | id. |
| 3. En ellas no hay necesidad de otro título que el simple nombramiento del patrono, | 384 y , , , , , , , , , , 385 |
| 4. Dichas capellanías no pueden convertirse en colativas, ni prestar título para ordenarse si no lo expresa su fundacion, | id. |
| 5. ¿Cuáles son las capellanías colativas y qué circunstancias concurren en ellas, | 385 y , , , , , , , , , , 386 |
| 6. ¿Qué se entiende por capellanías gentilicias? | id. |
| 7. ¿Quiénes no pueden ser ordenados á título de capellanía colativa? | 386 y , 387 |
| 8. Las capellanías laicales y colativas pueden fundarse por contrato y por testamento, | id. |
| 9. Disposiciones eclesiásticas en orden á los requisitos que deben tener las capellanías para poderse ordenar á título de las mismas, y demás que comprende la bula de Inocencio XII, | id. |
| 10. ¿Cómo se suceden en las capellanías colativas? | 387 y , , , , 388 |

CAPÍTULO VII.

De las disposiciones novísimas acerca de las materias de este título pág. 388

- | | |
|---|---------------------------|
| 1. Supresion de las vinculaciones, prohibicion de fundarlas en lo de adelante, libertad de los bienes de las que existian, y fecha desde que deben comenzar á regir estas disposiciones, | 388 y , , , , , 389 |
| 2. Los poseedores solo pueden disponer de la mitad de los bienes, reservando la otra para el inmediato sucesor; y partiendo tambien los gravámenes, | id. |
| 3. Requisitos para hacer válida la division y enagenacion de los bienes vinculados | 389 y , , , , , , , , 390 |
| 4. Cómo se han de entender las disposiciones anteriores en los fideicomisos familiares y mayorazgos electivos, | id. |
| 5. Lo dicho no tiene lugar en las vinculaciones sobre que haya juicio pendiente en cualquier punto que ponga en duda el derecho del poseedor, | 390 y 391 |
| 6. La supresion de los mayorazgos y libertad de sus bienes no perjudican á las pensiones, alimentos y consignaciones con que estuvieren gravados de cualquier modo, y deberán pagarse á prorata de las dos mitades, | id. |
| 7. Las preeminencias y prerogativas de honor en los mayorazgos suprimidos, siguen el orden de sucesion prescripto en las fundaciones, | 391 y , , 392 |

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Acerca de los mayorazgos pág. 392.

Desfalco que causan á la felicidad general, 392 y , , , , , 393

Perjuicios á la industria, 393 y	394
Males morales, 394 y	395
Injusticia de sus efectos, 395 y	396
Ninguna necesidad para lo político, 396 y	397

TÍTULO 17.

DEL INVENTARIO Y TASACION DE LOS BIENES HEREDITARIOS.

CAPÍTULO I.

<i>Que sea inventario; sus efectos y requisitos</i>	pág. 397
1. Sin inventario ni tasacion es imposible una division justa y arreglada,	397
2. Que sea inventario y objeto de su introduccion,	id.
3. Hay cuatro clases de inventarios	398
4 al 9. Requisitos necesarios para que el inventario solemne sea válido y produzca los efectos de tal,	398 y 399
10. Para que corra contra el heredero el término legal dentro del cual ha de formar el inventario, es preciso que haya aceptado la herencia,	id.
11 al 15. ¿Qué clases de bienes deberán incluirse en el inventario	400
16 al 18. Caso de que los herederos disputasen sobre si debian ó no dividirse algunos bienes que se hallaren entre la herencia,	401
19. Caso en que el heredero hubiere sustraído alguna cosa de la herencia,	id.
20. Los bienes inventariados han de depositarse en poder de la persona que elijan los herederos, ó el mismo inventariante,	402

CAPÍTULO II.

<i>De las personas que están obligadas á hacer inventario, y efectos que éste produzca</i>	pág. 403
1. Clases de personas que están obligadas á hacer inventario solemne,	403
2. Cuando el heredero hace el inventario segun queda expresado en el capitulo anterior, no está obligado á mas de lo que alcance la herencia,	id.
3. El tutor ó curador están obligados á hacer inventario solemne,	id.
4. Si los menores tuviesen habilitacion para administrar sus bienes, no necesitan curador para hacer el inventario,	id.
5. El padre que tiene en su poder á sus hijos, no está obligado á hacer inventario solemne,	id.
6. Basta que haga una descripcion exacta de todos los bienes del hijo ante escribano y dos testigos,	404
7. Si tuviere el padre bienes raices, podrá hipotecarlos, especialmente á la responsabilidad de los maternos de sus hijos,	id.
8. Estando los hijos casados pueden partir con sus padres los bienes que haya dejado su madre,	id.
9. Obligacion de hacer descripcion de bienes que tiene uno de los cónyuges sin hijos, cuando sin haberse instituido recíprocamente por herederos se apoderase de todos sus bienes y los del consorte difunto,	id.

10. Obligacion del usufructuario á hacer inventario, , , , , ,	405
11. ¿Cuándo y de qué modo estará obligado el fisco á hacer inventario? , ,	id.
12. Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él, fueron de aquel por cuya muerte se hizo, , , , , ,	id.
13. Limitacion de la doctrina anterior , , , , , ,	id.
14. El inventario no prueba contra un tercero, , , , , ,	406
15. Podrá el heredero ó el que formalizó el inventario contravenir ó reclamar la declaracion del difunto en la que al tiempo de morir manifestó que dejaba tales bienes? , , , , , ,	id.
16. ¿Aprovechará el inventario á los demás sin cuya intervencion se hizo? ,	id.
17. Por la mera formacion de inventario no se contempla aceptada la herencia,	id.

CAPÍTULO III.

De las penas en que incurre el heredero por omitir ú ocultar maliciosamente bienes de la herencia, y modo de proceder en el juicio de ocultacion.....

pág. 407

1. No se vicia el inventario por el fraude que comete el heredero; pero queda éste sujeto á la pena, , , , , ,	407
2. Requisitos necesarios para que tenga lugar esta pena, , , , ,	id.
3. Modo de hacer la prueba de ocultacion, , , , , ,	id.
4. El que alega la ocultacion debe probar el dolo verdadero sin que baste el presunto, , , , , ,	id.
5. Modo de eximirse de la pena el heredero ocultante, , , , ,	id.
6. La accion penal de ocultacion no tiene lugar contra los herederos del ocultante, y casos en que tampoco tiene lugar dicha accion, , , ,	408
7. Si uno de los herederos sustrajese alguna cosa de la herencia despues de aceptada, se presume que la tomó en cuenta de su parte, , , ,	id.
8. Si ocultase bienes de la herencia estando yacente ó sin aceptar, no podrá ser reconvenido por dicha accion; pero se le pondrá la pena que allí se espresa, , , , , ,	id.
9. ¿Ante qué juez debe entablarse el juicio de ocultacion? , , , ,	id.
10. El juicio de ocultacion es ordinario, , , , , ,	id.



CAPÍTULO IV.

Del lugar donde debe hacerse el inventario y juez á quien compete el conocimiento de estos negocios.....

pág. 409

1. Debe hacerse el inventario en el domicilio del difunto y ante su juez, ,	409
2. Caso de que el difunto tuviere dos domicilios, , , , , ,	id.
3. Si un seglar nombra varios herederos y alguno ó mas de ellos fueren eclesiásticos, debe conocer de esta testamentaria el juez secular, , ,	id.
4. También competirá á éste el conocimiento si el testador y el heredero fueren clérigos ó el clérigo heredare al lego, , , , , ,	410
5. Los jueces eclesiásticos no deben por regla general entender en inventarios, secuestros, administracion de bienes ni de nulidad de testamento, ,	id.
6. ¿A qué juez toca el conocimiento de las testamentarias de los militares difuntos? , , , , , ,	id.
7. ¿Y á quién el de las testamentarias de los factores de la provision del ejército? ,	411

- 8 hasta 24. Noticia sobre el juzgado de bienes de difuntos que antiguamente existió en México, 411 al , , , , , , , , 424

CAPÍTULO V.

De la tasacion de bienes hereditarios.....pág. 416

1. Será nulo el inventario siempre que no se especifique con claridad y precision el precio, medida, número y calidad de las cosas inventariadas, , 416
2. Inventariados los bienes debe procederse á su tasacion, aunque es mejor hacerla al mismo tiempo que el inventario, , , , , , , , id.
3. El aprecio debe hacerse por uno de varios peritos, , , , , , , , id.
4. Cualidades que éstos deben tener, , , , , , , , 417
5. El juramento de estos peritos es propiamente de creencia, , , , , id.
6. Si los peritos son públicos pueden ser obligados á aceptar su encargo y hacer la tasacion, , , , , , , , , , , , id.
- 7 y 8. Como se ha de hacer la tasacion , , , , , , , , id.
9. Si los peritos fuesen nombrados por el juez podrán ser recusados bajo el mero juramento de que se les tiene por sospechosos, , , , , id.
10. El tercero en discordia debe ser nombrado por los mismos interesados ó por el juez si éstos no se conformaren, . , , , , , , , 418
11. ¿Qué deberá hacer el juez si los primeros nombrados y el tercero en discordia no se conformasen? , , , , , , , , id.
12. El tercero en discordia no está obligado á conformarse con el dictámen de los otros, porque sean mas en número, , , , , , , , id.
13. Si fueren muchos los peritos y estuviesen discordes ¿á cuál de ellos debe darse crédito, , , , , , , , , , , , id.
14. No pueden los peritos delegar á otro su encargo ó comision, , , , 419
15. Caso de que los peritos por ignorancia ó malicia hicieren injustamente la tasacion, , , , , , , , , , , , id.
16. Para que el juez acceda á la reduccion de la tasa no basta que uno de los herederos se queje del aprecio como injusto, , , , , , id.
17. ¿Qué deberá hacer el heredero que siendo pobre impugnar la tasacion y los coherederos no quisieren hacer puja ni consentir en que los bienes se le adjudicasen por el aprecio de la tasa? , , , , , , , , id.
18. Si se vendieren algunos bienes de los tasados y el heredero ofreciese menos de la tasa, debe ser preferido á un extraño que prometiére mas al fiado, id.
19. ¿Qué deberá hacerse cuando una finca no admite cómoda tasacion? , , id.
20. La puja ó mejora en algunos bienes de la herencia se ha de hacer luego que estén tasados y antes que se proceda á la division, , , , , 420
21. Consentido por los herederos el aprecio de los bienes hereditarios y hecha á cada uno su respectiva adjudicacion, no puede reclamar contra la tasa á pretexto de haber sido perjudicados, , , , , , , , id.
22. Si una alhaja estuviere notoriamente apreciada en mucho mas de su justo valor y los contadores se la adjudicasen á uno de los herederos sin sortearla, podrá el que se sintiere agraviado ocurrir al juez, , , , , id.
23. El aprecio hecho por los tasadores no perjudica regularmente á los acreedores ni legatarios, , , , , , , , , , id.
24. Cuando un tercer poseedor tuviere que devolver los bienes que el difunto le vendió ó donó á fin de pagar alguna deuda privilegiada, no estará obli-

- gado á pasar por la tasacion, que se haya hecho de los mencionados bienes, , , , , , , , , 420
25. Si el testador legare á alguno cierta alhaja graduando su valor y mandare que por éste se le entregue, habrá sin embargo necesidad de inventariarla y tasarla para saber su precio, , , , , , , , id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre inventarios pág. 421 y..... 422

TÍTULO 18.

DE LA DIVISION DE LOS BIENES HEREDITARIOS.

CAPÍTULO I.

*De las personas que pueden pedir la particion y modo de pro-
ceder á ella*.....pág. 423

1. Objeto de la particion y su definicion, , , , , , , , 423
2. De qué cosas puede hacerse la division y particion, , , , , , id.
- 3 al 6. Modos como puede hacerse y casos en que no es necesaria la intervencion judicial, 423 al, , , , , , , , 425
- 7 al 9. ¿Quiénes pueden pedir la particion? 425 y, , , , , , , , 426
10. Si los herederos presentes no hacen mencion del ausente, no vale la particion en cuanto á él, ni le perjudica, . , , , , , , , id.
- 11 al 13. ¿Qué deberá hacerse si uno de los herederos no posee al tiempo que viene el ausente la parte que á este cupo por haberla enagenado, ó por ser de aquellas que no pueden conservarse mucho tiempo? 426 y, , , , 427
14. ¿Ante que juez debe pedirse la particion? , , , , , , id.
15. La accion con que se pide la division de la herencia es mista de real y personal, , , , , , , , , , id.
16. Diferencia entre esta accion y la de particion de herencia, , , , , 428
17. Tiempo necesario para prescribir la accion de particion de herencia, , , id.
- 18 y 19. El juicio divisorio puede ser unas veces ordinario y otras sumario, , id.
20. Los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del término legal la parte vendida si en la herencia hay bienes raices, , , , , , 429

CAPÍTULO II.

De los contadores y partidores.....pág. 429

1. Circunstancias que deben tener los contadores, , , , , , , , 429
2. Personas que pueden ser nombradas para hacer particiones, , , , , 430
3. Los que fueren nombrados contadores no pueden ser compelidos á aceptar su encargo, , , , , , , , , , id.
4. Siendo varios los herederos bastará un solo contador si se conviniere en ello, id.
- 5 y 6. Pueden ser recusados por las partes interesadas; modo en que se debe hacer esta recusacion y causas porque puede hacerse, , , , , id.
- 7 y 8. Resuélvese la cuestion de si nombrando uno á su hermano, primo ó cuñado por contador, podrá ser recusado por la parte contraria, , , , 331

- | | | |
|-----------|--|-------------|
| 9. | Si discordasen los contadores nombrados por los herederos podrá procederse al nombramiento de un tercero en discordia, | 431 |
| 10. | Los contadores tienen la facultad para hacer la liquidacion y adjudicacion | 432 |
| 11 al 26. | Advertencias á los contadores para que procedan con justicia en la particion y adjudicacion de los bienes hereditarios | 432 al, 435 |
| 27. | Pueden los contadores ser compelidos ó hacer las adjudicaciones, | id. |
| 28 y 29. | Diligencias que deben practicarse para proceder á la particion | 435 y, 436 |
| 30. | Si les ocurriese alguna duda deberán consultarla al juez, | id. |
| 31. | Pueden los contadores enmendar el error que hubieren padecido y reformar su parecer para evitar controversias, | id. |

CAPÍTULO III.

De la particion de las cosas individuales, del censo vitalicio, personal, y de las fincas enfitéuticas..... pág. 437

- | | | |
|-----------|--|------------|
| 1. | ¿Cuáles son las cosas individuales? | 437 |
| 2 y 3. | Varios casos para la instruccion del contador? | id. |
| 4 y 5. | Caso de que todos los herederos quisieren alguna cosa perteneciente á la herencia, y de que ésta no admitiere cómoda division, | 437 y, 438 |
| 6. | Division del predio enfitéutico hereditario, | id. |
| 7. | La doctrina del párrafo anterior tambien tiene lugar cuando el enfitéusis se concedió á muchos con pacto espreso de que no se vendiese á otro, | id. |
| 8. | ¿Qué deberá hacerse cuando el padre llama á un hijo al goce del enfitéusis perpétuo? | id. |
| 9. | Caso de que alguno de los herederos enagenase su parte sin requerir primero al señor del dominio directo, | 439 |
| 10. | Las mejoras hechas en la finca enfitéutica son propias del que las hace, | id. |
| 11 al 14. | Se resuelve la cuestion siguiente: Si perteneciendo á memoria ó capellanía el enfitéusis y libertando el dueño del dominio útil su finca afectada á él por tres laudemios y el duplo capital del cánón ó pension anual ¿podrá él quedarse con los tres laudemios ó á lo menos con uno? | id. |

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre la division de los bienes hereditarios, pág. 440 y..... 441

TÍTULO 19.

DE LA LIQUIDACION DEL CAUDAL INVENTARIADO.

CAPÍTULO I.

Deduccion de la dote..... pág. 442

- | | | |
|--------|---|------------|
| 1. | La primera deduccion que debe hacer el contador es la de la dote legítima y verdadera que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio, | 442 |
| 2 y 3. | ¿Cuándo debe hacerse la deduccion de la dote? opinion de algunos autores | 442 y, 443 |

4. La restitution de la dote debe hacerse segun la diferente especie de bienes que la constituyen, , , , , , , , , , , 443
5. Consistiendo el todo ó parte de la dote en crédito á favor de la muger, y siendo el padre el deudor, no debe responder el marido de la falta de cobro. , , , , , , , , , , id.
6. Distincion que habrá de hacerse si el deudor no fuere ascendiente, , , id.
7. Si se constituirá dotal la finca comprada por el marido con el dinero que su muger llevó en dote y cómo deberá hacer la aplicacion el contador, , 444
8. Qué debe tener presente el contador para saber porque precio ha de adjudicar á la muger estas fincas, consideradas como dotadas por la subrogacion, , , , , , , , , , id.
9. ¿Cómo deberá proceder el contador á la deducccion cuando la dote consiste en legado ánuo, pension, usufructo, bienes raices ó renta vitalicia, , 445
10. Si consistiere en empleo servidero por el marido, se considera como dote la mitad de la renta de los diez años y la otra pertenece al marido, , id.
11. De cualquier modo que se constituya esta especie de dote deberá arreglarse el contrato á la escritura dotal, , , , , , , , , id.
12. ¿Qué deberá practicarse en el caso de que el marido hubiese pasado á segundas nupcias y hubiere quedado á deber entrambas dotes, y no hubiese bienes bastantes para satisfacer una y otra? , , , , , 446
13. ¿Qué distincion se hará en el caso de que el marido hubiese dejado bienes suficientes y además hubiese gananciales , , , , , id.
- 14 al 17. Consideraciones que deberán tener presentes en el caso de que la segunda muger quisiere su porcion de gananciales, 447 y, , , , 448
18. Modo de hacerse la cuenta, cuando se hubiere dado á los hijos alguna cosa mas en razon de la legitima paterna, , , , , , , 449
19. Si la dote fuere confesada y esta confesion fuesa hecha en testamento despues de contraido el matrimonio no se tendrá por dote sino por legado, id.

CAPÍTULO II.

Deducccion de los bienes parafernales ó estradotales pág 450

1. Hecha la deducccion de la dote se procede al descuento de los bienes parafernales, , , , , , , , , , 550
2. ¿Qué deberá hacerse en el caso de que los bienes se hubieren consumido ó deteriorado con el uso? , , , , , , , , , id.
3. Si el marido hubiese enagenado los bienes parafernales de su muger con su consentimiento y el precio de ellos se invirtió en utilidad suya, no tiene derecho á pedirlo. , , , , , , , , id.
4. Aclaracion de la anterior doctrina, , , , , , , , id.
5. Caso en que el marido hubiese vendido dichos bienes sin el consentimiento de su muger por su justo precio, , , , , , , id.
6. Habiéndolos vendido en menos de su justo precio se debe distinguir si hay ó no gananciales, , , , , , , , id.
7. No contentándose la muger con el precio en que su marido vendió sin permiso suyo los bienes parafernales, y queriendo el valor legitimo que éstos tenían ¿cómo deberá hacerse la deducccion? , , , , , 451
8. Si la muger pide no solo el valor legitimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de los frutos que desde

- la venta pudieron haber producido, deberá ser resarcida y en qué términos? , , , , , , , , , , 451
9. Duducidos los bienes dotales y parafernales se han de bajar del cuerpo del caudal los demás estradotales, , , , , , , , , , 452
10. Si en las capitulaciones matrimoniales ó en la escritura de recepcion de la dote se obligare al marido á tener por aumento de ésta dichos bienes hereditarios, se deberán bajar cuando los dotales, y antes de los parafernales, , , , , , , , , , id.
11. Los frutos de los bienes parafernales se han de dividir entre ambos consortes por ser comunes á los dos, , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO III.

Deduccion del capital que el marido lleva al matrimonio, y de los bienes que durante éste heredó ó le legaron.....pág. 453

1. Despues de deducidos los bienes dotales y estradotales, ¿qué bienes se deben descontar del caudal inventariado, , , , , , , , , , 453
2. Si hubiere deudas que excedan al importe total, se deben deducir primero el capital del marido aunque parezca que hay gananciales, , , id.
3. Si las deudas consumieren el capital y gananciales, no se proratearán entre el marido y la muger, , , , , , , , , , id.
4. Habiendo gananciales se ha de deducir el importe de los capitales de ambos cónyuges y el de las deudas, , , , , , , , , , id.
- 5 y 6. Si los bienes llevados por el marido al matrimonio consisten en número, peso ó medida, y se consumieron. ¿Los perderá éste? , , , , 454
7. ¿Si deberá deducirse el valor del ganado productivo que llevó el marido y que despues se murió ó vendió?, , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO IV.

Deduccion de las deudas.....pág. 455

1. Las deudas legítimas contraídas durante el matrimonio han de pagarse de los gananciales, , , , , , , , , , 455
2. Las contraídas antes del matrimonio por cualquiera de los consortes, no deben rebajarse del caudal comun, , , , , , , , , , id.
3. Modo de deducir las deudas que tengan contra sí cada consorte, , , id.
4. Si cualquiera de los cónyuges no hubiese llevado al matrimonio sino deudas, éstas se deducirán de su porcion de gananciales, , , , , , id.
5. Declarando el testador en su testamento estar debiendo á algun sugeto una cantidad, ¿deberá deducirse del cuerpo de bienes? , , , , 456
6. Entre las deudas que deben bajarse del caudal comun se cuentan los salarios de los criados , , , , , , , , , , id.
7. Se han de bajar tambien los gastos útiles y necesarios que hizo alguno de los herederos en mejorar y reparar los bienes comunes de la herencia, , id.
8. Si alguno de los herederos, estando los demas ausentes, hiciese algunos gastos en defender la herencia, cuando otro pretendiera quitársela, deben abonárselos los demás, , , , , , , , , , 457
9. Si el heredero presente pidiese la herencia para sí, creyendo que no hay otro heredero, ¿qué hará si luego apareciese alguno, , , , , id.

10. ¿Qué deberá hacerse si alguna de las fincas estuviese gravada con censo enfitéutico ó perpetuo? , , , , , , , , , 457
11. No deben bajarse del caudal lo que cada consorte hubiese gastado en alimentar á sus respectivos padres pobres, , , , , , , , id.
12. ¿De dónde deben deducirse los gastos de inventario, particion y demás que ocurran? , , , , , , , , , 458
13. Los herederos tienen obligacion de pagarlos á prorata de los bienes que les hubieran tocado, , , , , , , , id.
14. ¿Quién habrá de satisfacer los emolumentos de discernimiento de tutela, curaduría y defensa del menor, , , , , , , , id.

CAPÍTULO V.

Deduccion de las arras, joyas y luto de la viuda y herederos del difunto pág. 458

1. Entre las deudas particulares y privativas del marido, se incluyen las arras que ofreció á su futura muger, , , , , , , , 458
2. Cantidad que puede darse y ofrecerse en arras , , , , , , 459
3. La décima parte que el marido ofrece, puede consignarla en finca determinada, ó en el total de bienes ó en los mejores que tenga , , , , id.
4. La ley del fuero que marca la porcion que puede darse en arras, no puede renunciarse por ser ley prohibitiva, , , , , , , , 460
- 5 6 y 7. Si el esposo ofrece á la esposa el quinto de sus bienes para que lo reciba por via de arras, donacion ó de cualquiera otro modo, lo percibirá todo la muger, , , , , , , , id.
8. Para hacer con el debido acierto la deduccion de las arras del primer matrimonio, ¿qué deberá tener presente el contador? , , , , , 461
9. ¿Qué distincion será necesario hacer en el caso de haber mediado solo promesa del marido, y no entrega, ya en el mismo contrato dotal, ya en otro separado, , , , , , , , id.
10. Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la muger, se la deba aplicar el usufructo de las arras y no la propiedad, ¿y por qué? id.
11. Lo dicho sobre la deduccion de las arras, se entiende cuando el marido al contraer matrimonio era soltero ó viudo sin hijos, , , , , , id.
12. ¿Cómo deberá hacerse la deduccion de las arras en el caso de que el marido se hubiese casado varias veces, y á todas sus mugeres se las hubiese prometido? , , , , , , , , 462
13. Si el marido hubiese ofrecido arras y tambien diese joyas á su esposa, ésta no tendrá derecho sino para escoger una de las dos cosas solamente, , , id.
14. Los herederos del difunto deben dar el vestido de luto á la viuda, , , id.
15. Pero no tendrá lugar cuando el testador manda espresamente lo contrario, ó no hubiere esta costumbre en el pueblo, , , , , , id.
16. Opinion de algunos autores que dicen que el luto se ha de deducir del quinto, 463
17. Los herederos deben costear su luto de su haber propio, y no del cuerpo del caudal inventariado, , , , , , , , id.
18. Disposiciones sobre esta materia, , , , , , , , id.
19. El vestido usual ú ordinario de la viuda, no se ha de inventariar, , , 464
20. Este se le debe dejar aunque no lleve dote ni haya gananciales, ¿y por qué? id.

21. Corresponde al juez la graduacion de los vestidos de lujo, ó que solo usaba la muger por lucimiento en ciertos dias, , , , , , , , 464

TÍTULO 20.

DE LA DIVISION DE GANANCIALES.

CAPÍTULO I.

Division de estos bienes entre un cónyuge y los herederos del difunto.....pág. 465

1. Deducidos los bienes que el marido y la muger acrediten haber llevado á la sociedad conyugal, debe dividirse entre ambos todo lo demás como gananciales , , , , , , , , , , 465
- 2 al 4. Modo de dividir entre éstos la estimacion de los oficios de escribano que comprare el marido durante el matrimonio, , , , , , id.
5. ¿Cómo se hace la particion de la finca patrimonial que durante el matrimonio compra el marido por derecho de retracto y de la que adquiere por el pacto de retroventa? , , , , , , , , 466
- 6 y 7. Si el usufructo ó renta vitalicia que la muger lleva al matrimonio es comunicable al marido como frutos conyugales ó está obligado á restituirlos como bienes dotales, , , , , , , , id.
8. Por muerte del marido se acaba la sociedad que sobre alguna negociacion tuviere; pero puede renovarse entre el sócio, la viuda y los herederos, , 467
9. Si el marido hubiese sido arrendador de rentas nacionales, y al tiempo de su muerte no hubiere espirado su arrendamiento, deberán comunicarse á la viuda las utilidades ó pérdidas que haya, , , , , , id.
10. Si habiendo sido el marido comerciante prosiguiera su viuda en el mismo comercio, se presume que continúa la misma negociacion, , , , id.
11. ¿Disuelto el matrimonio podrá la muger repetir de los deudores y terceros poseedores sin recibo del marido, la mitad de los gananciales y créditos que le corresponden? , , , , , , , , id.
12. ¿A qué está obligado el marido si la muger ó sus herederos probasen que enagenó los gananciales con ánimo de defraudarla? , , , , 468
- 13 al 15. ¿Si el marido hubiere donado ó consumido los gananciales en juegos ó en otros vicios, tendrá la muger accion contra sus bienes por la parte que donó ó disipó? , , , , , , , , id.

CAPÍTULO II.

De la division de los gananciales cuando hay hijos de diferentes matrimonios pág. 469

1. ¿Qué deberá hacerse para distribuir debidamente los gananciales habiendo hijos de dos ó mas matrimonios?, , , , , , , , 469
2. Constando los bienes de cada uno por los correspondientes documentos, y habiendo caudal bastante, no hay dificultad en hacer la particion , , id.
3. No constando qué bienes llevaron al matrimonio el marido y la primera muger, pero si los que quedaron por muerte de ésta, se reputan gananciales, 470

4. Constando los bienes que hubieren quedado al fallecimiento de la primera muger ¿qué descuento debe hacerse? , , , , , , , 470
5. Si constare que la primera muger llevó dote mas no los bienes que que-
daron á su fallecimiento, ¿qué deducciones deben hacerse? , , , , id.
6. Si hubiese llevado el marido al segundo matrimonio bienes suficientes para
satisfacer cuanto pertenece á los hijos habidos en el primero, y hubiere
dado algo á éstos, ¿cómo deberá hacerse la cuenta? , , , , id.
7. ¿De qué modo se hará ésta cuando el padre hubiere dado á los hijos del
primer matrimonio algo mas de lo que les correspondia por el haber pa-
terno? , , , , , , , , , , 471
- 8 y 9. Si el padre habiéndose casado dos ó mas veces no hubiese hecho parti-
cion ni inventario, ¿qué deberá hacerse? , , , , , , , , id.
10. Para que los hijos del primer matrimonio perciban algo que dicen corres-
ponderles por razon de gananciales, es menester que lo prueben plena-
mente , , , , , , , , , , 472
11. Para justificar que algunos bienes adquiridos en el primer matrimonio son
gananciales, no bastará probar que se compraron durante él, , , , id.
12. Cuando no se hizo ningun pacto acerca de los gananciales, se tendrá pre-
sente para su division la costumbre del pueblo , , , , , , id.

CAPÍTULO III.

*¿Si deberán pagarse de los gananciales las dotes y donaciones prop-
ter nuptias?.....* pág. 473

1. Las dotes y donaciones propter nuptias se pagan de los bienes gananciales, 473
2. Si el padre solo dió ó prometió dote á su hija ó capital al hijo, sin que la
madre preste su consentimiento, se pagará de los gananciales, , , id.
3. Si á consecuencia de la dote ó donacion que ofrecieron entrambos conyu-
ges, entregaren al hijo ó á la hija alguna finca propia de cualquiera de
ellos, se entenderá que la dote ó donacion fué hecha de los bienes gan-
anciales , , , , , , , , , , id.
4. Si habiendo prometido dotar el padre y la madre, renunciase ésta los ga-
nanciales, ¿estará obligada á cumplir su promesa? , , , , id.
5. Si la promesa fué hecha en pueblo donde por costumbre no se comuniquen
gananciales á la muger, no tendrá la espresada obligacion, , , id.
6. No habiendo gananciales ¿de dónde se sacarán las dotes y donaciones prop-
ter nuptias? , , , , , , , , , id.
7. Si la madre siendo curadora ó administradora de su hija, la dotase, se en-
tenderá que lo hace con los bienes de ésta, y no con los suyos , , , 474
8. Ofreciendo el padrastro ó la madrastra dotar ó hacer donacion á algunos
entendados, no estarán obligados al cumplimiento de la promesa sus bie-
nes propios , , , , , , , , , id.
- 9 al 11. Resolucion de la duda si mejorando el padre á un hijo en el tercio de
sus bienes y en finca lucrada durante su matrimonio, ¿valdrá esta mejo-
ra en el todo, ó en la mitad correspondiente al mejorante? 474 y, , 475

CAPÍTULO IV.

*Division de las mejoras hechas por los conyuges en sus bienes li-
bres y vinculados.* pág. 476

1. Las mejoras hechas en el mayorazgo ceden al mismo mayorazgo, y no se

NUMS.	PÁGINAS.
consideran como gananciales , , , , , , , , ,	476
2 y 3. ¿Cómo deben dividirse las mejoras hechas en los bienes libres de marido y muger?, , , , , , , , ,	id.
4 y 5. Si el marido tendrá accion para repetir las mejoras hechas en las fincas dotales no estimadas, 476 y , , , , , , , , ,	477
6. Si por gananciales resultan los gastos necesarios ó útiles hechos en las fincas dotales, se dividirán entre ambos, , , , , , , , ,	id.
7 y 8. Modo de dividir estas mejoras que se consideran como gananciales ,	id.
9. Para graduar de mayores ó menores los gastos hechos en las fincas dotales, se ha de atender al fin con que se ejecutaron , , , , , , , , ,	478
10 y 11. Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento que sus herederos entreguen á la muger libremente lo que llevó al matrimonio, ¿deberán entregárselo con todos sus frutos y mejoras?, , ,	id.
12. ¿Si podrá el marido repetir los gastos que hubiere hecho en la enfermedad de su muger?, , , , , , , , ,	id.
13. Si podrá repetir tambien los del funeral , , , , , , , , ,	479

CAPÍTULO V.

De la division de los frutos procedentes de los bienes de marido y muger, disuelto que sea el matrimonio.....pág. 479

1. Los frutos de los bienes del marido y de la muger pertenecen por mitad á ambos cónyuges no solo cuando muere uno de ellos, sino tambien cuando al tiempo de su fallecimiento estaban manifestos y pendientes, , ,	479
2. ¿Qué distincion deberá hacerse cuando no están manifestos ni pendientes?	480
3. Estando la heredad barbechada cumple su dueño con pagar al otro cónyuge la mitad de los barbechos, y demás gastos hechos hasta entonces, ,	id.
4. ¿Qué deberá hacerse si los frutos fueren de rebaño de cualquiera de los cónyuges?, , , , , , , , ,	id.
5 al 7. ¿Cómo deberá hacerse la division de los frutos pendientes de una finca que la muger hubiese llevado al matrimonio, muriendo ésta antes de recogerse aquellos?, 480 y , , , , , , , , ,	481
8. En cuanto á las dos terceras partes de los frutos de los ocho meses restantes del año, el marido no percibirá ni aun en el concepto de legatario del tercio de los bienes de su muger , , , , , , , , ,	id.
9. Para la deduccion de la tercera parte legada se han de valuar no solo los bienes muebles y raices que la muger dejó, sino tambien el aumento que éstos recibieron con los frutos, , , , , , , , ,	id.
10. Si el marido antes de contraer matrimonio hubiere percibido frutos del predio de la esposa serán estos un aumento de dote, , , , ,	id.
11. Llevando el marido al matrimonio algun fundo con frutos sezonados, aumentan éstos su capital, , , , , , , , ,	482
12. Lo mismo se observará si el dueño del fundo falleciere acabada de hacer la recoleccion , , , , , , , , ,	id.
13. Si los frutos estuvieren solamente manifestos en el fundo que heredó el marido ó la muger, el dueño de él llevará el valor que tenia cuando lo heredó , , , , , , , , ,	id.
14. ¿Qué deberá practicarse cuando la heredad del marido ó la muger estuviere arrendada, y al tiempo del fallecimiento de su dueño tuviere frutos pendientes? , , , , , , , , ,	id.

- 15 al 18. ¿Cómo deberá hacerse la division cuando los frutos pendientes que se han de partir son bienes vinculados ó de mayorazgo? 482 y, , , 483
 19. No adquiere el marido el tesoro que encuentre en el fundo dotal, , , id.
 20. ¿Qué deberá tener presente en órden á las canteras ó praderas del espresado fundo dotal?, , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO VI.

¿Si los herederos del marido tienen obligacion de dar alimentos á la viuda mientras se hace la particion?..... pág. 484

1. Razon del método, , , , , , , , , , 484
2. Cuando la viuda queda embarazada se le deben dar alimentos de los bienes propios del marido, , , , , , , , , , id.
3. Esto tendrá lugar aun en el caso de no haber gananciales , , , 485
4. Precauciones que ha inventado la ley para evitar fraudes en este punto, , id.
5. No habiendo quedado embarazada pero sí con hijos en su casa, se ha de deducir del cuerpo del caudal lo gastado por todos sus alimentos, , 486
- 6 al 8. Si habiendo llevado la muger dote, se le debe dar alimentos mientras se le entrega, 486 y , , , , , , , , , 487
9. Pasado el año fijado por la ley para restituir la dote, no están obligados los herederos del marido á dar alimentos á la viuda de éste , , , 488
10. Aunque la muger haya llevado dote, si los frutos de ésta no alcanzan para alimentarla, únicamente deberán darle alimentos hasta el importe de sus frutos y no mas , , , , , , , , , , id.
11. ¿Si la viuda tendrá accion para pedir á los herederos de su marido el anticipo de los alimentos á cuenta del haber que la corresponde por su mitad de gananciales? , , , , , , , , , , id.
12. Si estando ausentes los herederos del marido su viuda vende algunos efectos, y luego pretenden éstos que reciba su valor en pago de su dote; ¿puede ella resistirse solicitando que sea en cuenta de sus alimentos? , , id.

CAPÍTULO VII.

¿Qué deberá tener presente el partidor para la adjudicacion del lecho cotidiano?..... pág. 489

1. El lecho cotidiano corresponde al consorte que sobrevive, , , , 489
2. ¿Qué se entiende por lecho cotidiano?, , , , , , , , , id.
3. ¿De dónde se ha de deducir el lecho que la ley concede al viudo ó á la viuda? id.
4. Opinion de varios autores y razon en que se fundan, , , , , id.
5. ¿Si la viuda tendrá derecho al lecho cotidiano habiendo deudas y no gananciales? , , , , , , , , , , 490
6. ¿Qué deberá tenerse presente cuando el lecho se adquirió durante el matrimonio? , , , , , , , , , , id.
7. ¿Si en cualquier tiempo que el viudo ó la viuda se case deberá restituir el lecho á los herederos del cónyuge difunto ó podrá gozar su usufructo mientras viva?, , , , , , , , , , id.
8. Opinion de algunos autores que sostienen que los viudos pueden usar el lecho cotidiano aunque se casen en el año de viudedad , , , id.
- 9 y 10. Errores en que incurren algunos partidores al adjudicar el lecho cotidiano , , , , , , , , , , 491

TÍTULO 21.

DE LA PARTICION DE BIENES ENTRE HEREDEROS LEGÍTIMOS.

CAPÍTULO I.

Modo de proceder á la particion de bienes del que murió con testamento entre sus descendientes legítimos, cuando no mejoró á ninguno de éstos..... pág. 492

1. No habiendo testamento ó aunque lo haya si el difunto no dividió sus bienes, se dividirán por iguales partes entre los herederos , , , , 492
2. El juez debe cumplir en un todo la voluntad del testador, no perjudicando á los hijos en su legítima, , , , , , , , , id.
3. Si el testador no hace la division de sus bienes la hará entonces el juez , 493
4. El juez debe hacer la adjudicacion en una ó mas cosas íntegras á cada heredero y no dejarlas proindiviso entre todos, , , , , , , , id.
5. ¿En qué caso se hará lo particion aunque el testador prohíba hacerla?, id.
6. El padre puede revocar la particion entre sus hijos aun cuando les hubiere entregado los bienes divididos , , , , , , , , id.
7. Casos en que tendrá lugar el derecho de acrecer en la legítima de los hijos, id.
8. Algunas dificultades que suelen ofrecerse sobre el quinto, que es la parte de que el padre puede disponer teniendo hijos ó descendientes legítimos , 494
9. Las donaciones pequeñas que hubiere hecho el padre en vida, no deben computarse en parte de dicho quinto, , , , , , , , id.
10. Si el testador hubiere dejado dos quintos á personas estrañas ¿cuál de ellos será válido?, , , , , , , , , id.
11. Si el testador hubiere dejado un quinto á un descendiente legítimo y otro á una persona estraña, ¿serán válidos los dos?, , , , , , , , id.
12. Si el testador lega dos veces el quinto á dos hijos ¿se dividirá éste entre ambos? , , , , , , , , , 495

CAPÍTULO II.

Gastos funerales que deben deducirse del quinto y otros de igual naturaleza..... pág. 496

1. ¿Cuáles se llaman gastos funerales? , , , , , , , , 496
2. Estos gastos deben deducirse del quinto del caudal inventariado, , , id.
3. También deben deducirse de éste los gastos ó derechos de visitar el testamento , , , , , , , , , id.
- 4, 5 y 6. Constando que un ascendiente, teniendo descendientes legítimos, hizo celebrar en vida algunas misas ¿deberá deducirse la limosna de ellas del quinto ó del cuerpo del caudal? 496 y , , , , , , , , 497
7. Si el testador carece de descendientes legítimos los referidos gastos deben deducirse del cuerpo de su propio caudal. Se mencionan los decretos que imponen á las herencias que no sean forzosas y á los legados la contribucion del seis por ciento, , , , , , , , id.
- 8 y 9. Pero no deberán sacarse del caudal inventariado si dejó muger ó ésta marido, haya ó no descendientes legítimos, 497 y , , , , , , , , 498
10. Si la herencia fuere tan corta que no alcance su quinto para los precisos

gastos funerarios, los pagarán los herederos de sus legítimas y no el con-	
sorte sobreviviente , , , , , , , , , ,	498
11. Legando el testador dos quintos á dos descendientes suyos, se deducirán de	
entrambos los espresados gastos, , , , , , , , , ,	id.
12. Si teniendo el testador descendientes legítimos legare el usufructo del quin-	
to á su muger ó un estraño y á los decendientes la propiedad, pagarán	
éstos los gastos de su funeral , , , , , , , , , ,	id.
13. ¿De dónde se deducirán dichos gastos en el caso de que instituyendo el tes-	
tador por herederos á sus hermanos por no tenerlos forzosos, dejan el	
quinto á un hijo suyo ilegítimo y no dispusiese nada acerca de su funeral?	id.
14. Si el el padre condenando en vida á dar alimentos á un hijo natural mien-	
tras viviere, dejare hijos legítimos y legare el quinto á uno de éstos ó á	
un estraño ¿deberá deducirse dichos alimentos del cuerpo de su caudal,	
ó habrá de pagarlos el legatario del quinto? , , , , , , , , , ,	499
15 y 16 Haciendo el padre donacion de un quinto en contrato irrevocable á un	
hijo, y de otro en disposicion última á otro hijo ¿de cual de ellos habrán	
de deducirse los gastos funerales? , , , , , , , , , ,	id.
17. Si el testador dispuso del quinto en contrato irrevocable á favor de un hijo	
suyo ó estraño ¿de dónde se sacarán los gastos funerales? , , , , , , , , , ,	500
18 al 20. El juez puede en algunos casos compeler á los herederos estraños á	
suplir estos gastos , , , , , , , , , , , , , , , ,	501
21. ¿Si el donatario á quien el testador entregó irrevocablemente el quinto en	
vida, estará obligado á pagar el importe de las misas y legados y demás	
obras pías que aquel mandase hacer?, , , , , , , , , ,	id.
22. Si el padre despues de mejorar á un hijo hubiere comprado una capilla ¿de-	
berán deducirse del quinto ó del cuerpo de la herencia estos gastos? , , , , , , , , , ,	id.
23. Legando el testador á su muger ó á un hijo el quinto de sus bienes, y consi-	
guiéndolo en cierto fundo que le era equivalente ¿deberán deducirse del	
valor de él los gastos funerales, misas y legados píos? , , , , , , , , , ,	502

CAPÍTULO III.

Division de los bienes del testador cuando mejoró á alguno de sus descendientes.....pág. 502

1. Habiendo espuesto en su lugar la doctrina relativa á mejoras, solo resta	
tratar en este capítulo lo que tiene relacion con la division y adjudicacion,	502
2. Las mejoras se regulan por la estimacion que tienen los bienes del testador	
al tiempo de su fallecimiento , , , , , , , , , ,	id.
3. Siempre pue hubiere mejora, aunque se nombre primero el tercio que el	
quinto, deberá rebajarse antes este último, , , , , , , , , ,	503
4. Casos en que se deducirá el tercio antes que el quinto , , , , , , , , , ,	id.
5. Si el testador diere en vida á algun hijo cualquier finca entregándole la po-	
sesion de ella, se entiende que lo mejora tácitamente, , , , , , , , , ,	id.
6. ¿Qué deberá hacerse si mejorase el padre á uno de sus hijos en el tercio y	
no dispusiese del quinto?, , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
7. Si el padre mejorase por testamento á un hijo en el tercio de sus bienes	
mandando que de él pague los gastos de funeral, misas y legados, y no	
dispusiere del quinto, el hijo cumplirá la voluntad del testador, , , , , , , , , ,	504
8. Cuando son varios los mejorados, y fallece uno antes de aceptar, su parte	
pertenece á los demás por el derecho de acrecer, , , , , , , , , ,	id.

9. Pero si entrega la escritura de mejora, y el mejorado acepta aunque fallezca en vida del testador, no tendrá lugar el derecho de acrecer, , , 504

CAPÍTULO IV.

Division de los frutos de la mejora ó donacion..... pág. 505

1. Dificultades que pueden ocurrir en órden al modo de hacer la mejora, , 505
2. Haciéndose irrevocablemente la mejora en contrato ó aunque sea revocablemente si no se revocó, antes bien se entregó al mejorado la posesion, le pertenecen los frutos desde su entrega, , , , , , , id.
3. Si la mejora en contrato fué hecha en una parte de bienes señalados por el mejorante, pero no fueron entregados al mejorado, se deben á éste los frutos desde la muerte de aquel , , , , , , , id.
4. Cuando la mejora de cuota en contrato se hizo á hijo emancipado mayor de edad, deberá percibir los frutos desde el tiempo de la demora , , 506
5. Si la mejora se hace en última disposicion, sin haber entrega, corresponden al mejorado los frutos desde la muerte del testador , , , , , id.
6. Lo mismo procede cuando la mejora se hizo de cierta parte ó cuota de bienes, é intervino entrega verdadera ó finjida, , , , , , , id.
- 7 y 8. ¿Cómo deberán dividirse los frutos cuando el testador deja descendientes legítimos mayores de edad, habiendo mejorado á uno de ellos en el tercio y quinto sin haber habido entrega, y se tarda un año ó mas en evacuar la particion? 506 y, , , , , , , , , 507
9. Si todos los herederos fueren menores se practicará lo mismo que acerca de los mayores se ha dicho en los párrafos anteriores, , , , , , , 508
10. Lo propio debe hacerse cuando el padre que en vida habia dado en dote á una hija ó capital á un hijo, los mejoró en disposicion última para que no tuvieran nada que restituir, , , , , , , , , id.
- 11 y 12. Resolucion del caso en que el testador no deja al hijo el tercio por via de mejora sino en virtud de institucion, 508 y, , , , , , , 509
13. Si hubiere dado un padre á una hija cierta cantidad entregándosela en bienes muebles y dinero, y se tardase mucho tiempo en evacuar la particion, no llevará mas frutos que los que en aquella parte le falten para completar su legítima, , , , , , , , , id.
14. Mejorando el padre ó la madre á uno de sus hijos con señalamiento de cosa cierta, y asignando á otro su legítima aunque la de éste produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas de lo que su finca hubiere producido, , , , , , , , , id.
- 15 y 16. Resolucion de otros casos, , , , , , , , , 510
17. Siempre que el título de la mejora se invalide ó anule, deberá el mejorado restituir con frutos la finca ó cosa en que lo fué, , , , , , , 511
18. Si el título se anulase por revocacion deberá restituir el mejorado la cosa donada sin frutos, , , , , , , , , id.
19. Cuando la mejora se revoca por ingratitud, el mejorado devolverá los frutos desde el dia en que incurrió en esta falta, , , , , , , id.
20. Lo mismo sucede cuando revoca en el todo por haberse reservado este derecho el mejorante ó donante, , , , , , , , , id.

CAPÍTULO V.

¿Si los bienes colacionables ó la cuarta marital deben ser com-

prendidos en la computacion que se hace para deducir las mejoras?.....

pág. 512

1. Qué debe tener presente el contador para proceder con acierto y averiguar que clase de bienes deben ser comprendidos en la computacion que se hace para deducir las mejoras?, , , , , , , , 512
2. Precediendo la dote á la donacion no se deberá sacar de su importe la mejora posterior hecha por el testador, , , , , , , , 513
3. La disposicion de la ley 25 de Toro debe ampliarse no solo á la dote entregada sino tambien á la prometida, , , , , , , , id.
4. al 6 Limitaciones que padece la doctrina de esta ley, 513 y, , , , 514
- 7 al 10. Dando prestadas al hijo ó hija que está fuera de su poder algunas cantidades para subvenir á sus urgencias, y disponiendo en última voluntad del tercio y quinto, habiéndose además obligado el hijo ó hija por vale ú otro documento á su devolucion, y no cumpliéndolo ¿se deducirá de su importe el tercio y quinto? 514 y, , , , , , , , 515
11. Si el testador hubiere hecho en vida donacion simple á un hijo de cosa ó cantidad inferior al tercio y quinto de sus bienes, y luego en testamento mejorase á otro en dicho tercio y quinto ¿cómo se procederá en cuanto á la deducccion de la mejora, , , , , , , , id.
12. Si el padre por contrato oneroso, ó por otro irrevocable, mejoró á un hijo en el tercio de todos sus bienes, y á cuenta de la mejora le entregó parte de ellos ¿qué deberá tenerse presente para la deducccion de la mejora? 516
- 13 al 15. Casos que se deben distinguir para resolver la cuestion anterior, 516 y, 517
16. Si el padre teniendo tres ó mas hijos entregase por via de dote ó donacion *propter nuptias* sus respectivas legítimas y despues mejorase á uno de ellos, sin dejar á su fallecimiento mas bienes que el importe de dicho tercio y quinto ¿qué deberá hacerse para saber si sacará de éstos la mejora ó deberán colacionar los hijos sus legítimas para deducirlas? , , , id.
17. Legando un testador á un descendiente ó estraño el quinto de sus bienes ó disponiendo de él á favor de su alma, deberá deducirse éste de los bienes que se encuentren al tiempo de su muerte, , , , , , , , id.
- 18 y 19. ¿Si la cuarta marital que la ley concede á la viuda se ha de incluir en la computacion que se hace para deducir la mejora de tercio y quinto? 518
- 20 y 21. Se computará la cuarta marital en el caso de que el marido hubiese mejorado irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio antes de casarse la segunda vez. , , , , , , , , id.

CAPÍTULO IV.

De la division de bienes entre ascendientes del difunto..... pág. 519

1. No teniendo hijos ó descendientes legítimos el testador, sucederán sus ascendientes, , , , , , , , , , 519
2. En esta sucesion no se debe hacer diferencia ni separacion de bienes, , 520
3. Esto no tendrá lugar donde haya costumbre de que los bienes vuelvan al tronco, ó la raiz á la raiz, , , , , , , , id.
4. ¿Si el hijo que está bajo la patria potestad, podrá disponer del tercio de los bienes adventicios á favor de un estraño? , , , , , id.
5. ¿Si los gastos del funeral se han de sacar del tercio por las mismas razones que se deducen del quinto? , , , , , , , , id.

Conclusion del tratado de particiones.

TITULO 22.

DE LA COLACION DE BIENES.

CAPÍTULO I.

De los diferentes modos de hacer la colacion de bienes, y requisitos necesarios para que esto se verifique.....

	pág.	521
1. Objeto principal de este capítulo. , , , , , , , , ,		521
2. ¿Qué es colacion? , , , , , , , , ,		522
3. ¿Cuándo y en qué casos deberá hacerse la colacion? , , , , ,		id.
4. ¿En qué casos no se deberá hacer? , , , , , , , , ,		id.
5. ¿De cuántos modos puede hacerse la colacion? , , , , , , ,		id.
6. ¿Qué fué la imputacion en un principio? , , , , , , , , ,		id.
7. ¿En qué se diferencian la imputacion y colacion? , , , , , , ,		id.
8. Debe colacionarse la misma cosa y por su estimacion, excepto en dos casos que allí se espresan, , , , , , , , ,		523
9. Circunstancias que se requieren para que tenga lugar la colacion, , , ,		id.
10. En la herencia de los ascendientes tiene lugar la colacion entre sus hijos y demás descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, , ,		524
11. Entre los herederos estraños instituidos solos ó juntos, no tiene lugar la colacion, , , , , , , , , , , , , , ,		id.
12 y 13. No tiene lugar entre los colaterales ni entre los ascendientes, , , ,		id.
14. Tampoco lo tiene con el hijo legítimo por el soberano ni con el adoptivo, , ,		id.
15. ¿Si está obligado á colacionar el hijo ó hija, excluidos de heredar por estatuto ó costumbre del pueblo? , , , , , , , , , , ,		525
16. Cuando los nietos entran á heredar al abuelo por muerte de su padre, no tienen obligacion de colacionar lo que en vida les dió éste, , , , ,		id.
17. Los nietos que recibieron despues de muertos sus padres algo de sus abuelos están obligados á colacionarlo, , , , , , , , , , ,		id.
18. Los nietos tienen igual obligacion que sus padres de colacionar lo que los abuelos dieron en vida á éstos, , , , , , , , , , ,		id.
19. En qué casos no están obligados los nietos á hacer colacion concurriendo con sus tios, , , , , , , , , , , , , , ,		526
20. ¿Si el padre que tenia hijos de dos matrimonios, y casa durante el segundo á dos, deben hacer dos colaciones, , , , , , , , , , , , , , ,		id.

CAPÍTULO II.

Bienes que deben colacionarse..... ..pág. 528

1. Reglas que deben tener presentes para saber qué bienes son ó no colacionables, , , , , , , , , , , , , , ,		528
2. Como consecuencia de la primera regla no debe colacionar el hijo el peculio castrense y cuasi castrense, , , , , , , , , , , , , , ,		id.
3. Tampoco están obligados los hijos á colacionar las pensiones, encomiendas, rentas vitalicias y demás donaciones que el soberano les hubiere hecho, , , , ,		id.
4. Pero deberán colacionar dichas pensiones ó rentas vitalicias cuando el padre l s hubiere comprado al principio, aun cuando despues por gracia del legislador se transfieran á sus descendientes, , , , , , , , , , , , , , ,		id.

5. No debe colacionar el hijo los bienes adventicios que hubiere adquirido con su industria ó trabajo personal, , , , , , , , , 529
6. Pero deberá colacionar el lucro que adquirió con los bienes ó dinero de su padre, sin poner trabajo suyo, , , , , , , , id.
7. Si el hijo hubiere administrado los bienes de su padre á causa de hallarse viejo ó enfermo, y los demás hermanos no trabajaron ni lucraron nada por ser menores, ó por otra causa, podrá pedir por muerte del padre sus derechos de administrador, , , , , , , , 530
8. No estará obligado el hijo á colacionar la donacion que el padre ó madre le hiciere en atencion á sus méritos , , , , , , , id.
9. Si despues de casado el hijo continuase el padre reteniendo el usufructo de sus bienes adventicios y no lo exigiere aquel durante su vida, podrá repetirlo de sus herederos, , , , , , , id.
10. Los frutos de capellanía prevenda ó beneficios pertenecientes al hijo y administrados por el padre, no le corresponden á éste de modo alguno, , id.
11. Si el padre hubiese emancipado al hijo y dádole al mismo tiempo algun fundo, no está obligado á colacionarlo, , , , , , , 531
12. No está obligada la hija á colacionar el dinero que alguno le hubiere dado voluntariamente ó en virtud de sentencia condenatoria, , , , id.
13. Tampoco está obligada á llevar á colacion la dote y donacion *propter nuptias* que algun estraño le dió para casarse, , , , , , id.
14. No debe colacionar conforme á la segunda regla el hijo lo que el padre hubiere espendido en darle carrera literaria ó militar , , , , id.
- 15 al 17. Limitacion que ponen varios autores á la regla anterior, , 532
18. Sin embargo de estas limitaciones, como el padre tiene obligacion de mantener al hijo, mientras está bajo su potestad, se le cargará solamente el exceso de lo que dicho padre hubiere espendido en él, manteniéndolo segun su clase y calidad, , , , , , , id.
19. La protesta del padre mencionada en el número 16, debe hacerla al tiempo de que envíe al hijo á estudiar, , , , , , , 533
20. Tampoco están sujetos á colacionar los gastos hechos por el padre para que el hijo siga alguna carrera de honor ó vaya á la guerra, , , id.
- 21 y 22. ¿Qué distincion se hará para saber si son ó no colacionables los libros que el padre hubiere comprado para el hijo, , , , id.
23. Tampoco está obligado el hijo á colacionar lo que su padre empleó en proporcionarle algun honor inalterable, , , , , , 534
24. Así mismo no llevará á colacion los gastos que sus padres hubiesen hecho por redimirlo de algun cautiverio, , , , , , id.
25. Ni lo que el padre pagó voluntariamente por librarle de la pena en que se le condenó por algun delito , , , , , , id.
26. Opinion mas comun acerca de si el hijo debe colacionar las espensas hechas por su padre, para sacar bulas de obispado ú otra dignidad eclesiástica, id.
27. Diversidad de pareceres sobre si el hijo deberá colacionar la donacion que su padre le hizo con título de patrimonio para ordenarse, , , , id.
28. No está obligado el hijo á llevar á colacion los gastos causados en su carrera, cuando los frutos de sus bienes adventicios administrados por su padre son suficientes para compensarlos, , , , , , 535
29. Tampoco está obligado á colacionar los gastos de regalos que el padre le hizo cuando se casó, , , , , , id.

- | | | |
|-----------|--|------------|
| 30. | En órden á la tercera regla, debe tenerse presente lo que se dijo en mejoras, añadiendo, que para resolver las dudas que pueden ocurrir, si las donaciones que el padre hace á sus hijos son ó no colacionables, es preciso atender al testo literal de la ley 26 de Toro, | 536 |
| 31 y 32. | Modo de conciliar esta ley con la 29 y diferentes clases de donaciones, | id. |
| 33 y 34. | ¿Qué deberá tenerse presente para saber si ha de colacionar lo que el abuelo difunto hubiere dado á la nieta viviendo el padre de ésta? | 537 |
| 35. | Segun la cuarta regla deben colacionar los descendientes legítimos los bienes, donaciones y gastos que hicieron en vida y salieron de sus ascendientes, | id. |
| 36. | Las hijas deben colacionar la dote y donaciones <i>propter nuptias</i> que han recibido de sus padres, | id. |
| 37. | Pero no tendrá lugar si se contentan con su dote y repudian la herencia, | 538 |
| 38. | Esta obligacion se amplia á las demás donaciones que recibieron de sus padres, por considerarse hecha por causa de matrimonio, | id. |
| 39. | Tambien tienen que colacionar la dote las hijas que entran en religion y profesan, | id. |
| 40. | El hijo deberá colacionar los vestidos y joyas que hubieren sus padres dado á su novia, | id. |
| 41. | Igualmente colacionarán los oficios públicos vendibles que hubieren adquirido con dinero de su padre, | id. |
| 42. | Deberán traer á colacion los hijos, las donaciones que sus padres les hubieren hecho para pagar alguna deuda, | id. |
| 43. | Debe colacionar el hijo que se halla fuera de la patria potestad el usufructo de los bienes adventicios que su padre le donó espresamente, | 539 |
| 44. | El hijo emancipado deberá traer á colacion ó restituir su importe de lo que dilapidó, consumió ó sustrajo de los bienes de su padre, | id. |
| 45 y 46. | El nieto que repudie la herencia de su padre ó madre, no está obligado á colacionar lo que éstos recibieron de su abuelo, | id. |
| 47 al 56. | ¿Qué debe tenerse presente para saber si el enfitéusis es ó no colacionable, | 540 y, id. |

CAPÍTULO III.

De la accion para pedir y hacer la colacion: tiempo á que ha de atenderse para ver si la donacion es ó no inoficiosa, y precio por qué se han de colacionar los bienes donados.....pág. 542

- | | | |
|--------|---|-----|
| 1. | La accion de colacionar y pedir la colacion ¿á quién compete? | 542 |
| 2. | Lo que debe tenerse presente para ver si la dote y demás donaciones son inoficiosas, | id. |
| 3 y 4. | Por qué tiempo deben colacionarse los bienes donados, | 543 |
| 5. | ¿Si deberá colacionarse la finca mejorada por la industria del hijo ó hija? | id. |
| 6. | De qué modo deben colacionarse los bienes cuando son muebles ó semovientes, ó constan de número, peso ó medida, | id. |
| 7. | ¿Si debe colacionarse el valor de los bienes que no existen por haber perecido? | 544 |
| 8. | Si la hija que colaciona su dote, deberá traer á particion los frutos de ella? | id. |

9. ¿Si deberá el hijo los frutos de lo que le han donado y entregado en vida de sus padres? , , , , , , , , , , 544

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre los bienes que se deben traer á colacion, págs. 544 hasta..... 548

TÍTULO 23.

CAPÍTULO ÚNICO.

Observaciones que el partidador deberá tener presentes en la division de bienes entre herederos estraños.....pág. 548

1. A falta de ascendientes y descendientes, puede el testador nombrar para que le suceda en sus bienes á cualquiera persona estraña, , , , 548
2. Modo de hacer la cuenta cuando el testador reparte su herencia entre tres dejando al primero la mitad, al segundo la tercera, y al tercero la cuarta parte, , , , , , , , , , , , , , id.
3. Modo mas fácil y sencillo de sacar la referida cuenta , , , , , id.
- 4 al 6. ¿Cómo se hará la division en el caso de haber instituido el testador tres ó mas herederos, mejorando á uno en el tercio. y á otro en el quinto de todos sus bienes? , , , , , , , , , , 549

TÍTULO 24.

DE LA RESCISION DE LAS PARTICIONES Y DE LA EVICCION Á QUE QUEDAN OBLIGADOS LOS COHEREDEROS.

CAPÍTULO I.

De las causas porque pueden impugnarse y rescindirse las particiones.....pág. 550

1. Hecha la particion judicialmente debe el juez dar traslado de ella á los interesados , , , , , , , , , , 550
2. Si la consienten ha de proceder el juez á su aprobacion; pero si alguno dice de agravio debe comunicárselos á los otros para que expongan lo que les convenga , , , , , , , , , , id.
3. Causas porque pueden rescindirse las particiones , , , , , 551
4. Procede lo dicho ya provenga la lesion de error sustancial sin dolo, ó ya los contadores irrogen agravio en el modo de liquidar ó deducir ó de cualquiera otra manera , , , , , , , , , , id.
5. Causas porque se puede impugnar la particion, 1.ª por lesion enormísima, id.
6. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, no deben anularse las particiones , , , , , , , , , , id.
7. Tambien pueden rescindirse las particiones cuando por olvido, engaño ú ocultacion se dejó sin colacionar y dividir alguna cosa de la herencia , 552

8. Si las cosas se hubieren ocultado por algun heredero no se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion , , , , , 552
9. Tambien se pueden impugnar las particiones por haber sido hechas con el que por ningun título era heredero , , , , , id.

CAPÍTULO II.

Modos como pueden deshacerse los agravios cometidos en las particiones pág. 553

1. Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones, apelando de la sentencia , , , , , 553
2. Tambien se pueden deshacer por via de restitucion *in integrum* , , , id.
3. Utilidades que resultan de este remedio, , , , , id.
4. No será restituido el menor si le tocó por suerte la parte ó cosa en que fué perjudicado sin intervenir fraude, , , , , id.
5. ¿Se puede reformar la particion hecha entre los hermanos?, , , 554
6. Los coherederos que en virtud de la division mulamente hecha, recibieron sus porciones sin su culpa, no tendrán obligacion á colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente, , , , , id.

CAPÍTULO III.

De la eviccion á que están obligados los coherederos por los bienes hereditarios divididos entre ellos pág. 554

1. Si despues de hecha la particion, y entregada á cada heredero la posesion de la parte que le hubiere tocado, le quitasen á uno en juicio dicha parte, deberá ser reintegrado por los coherederos, , , , , 554
2. No obsta alegar que no tiene lugar la eviccion en las últimas voluntades, porque en virtud de ellas se adquiere por título lucrativo, , , 555
3. No ha lugar á la eviccion cuando el padre dejó hecha la division entre sus hijos , , , , , id.
4. Pero sí tendrá lugar cuando la division es hecha por los hermanos, escepto en los casos que se espresan , , , , , id.
5. ¿Si corresponderá al legatario el derecho de eviccion contra los herederos y el testador, por habérsele quitado en juicio tal cosa legada?, , , 556
6. Habrá lugar á la eviccion, si el legado se hubiere hecho á un pariente muy cercano del testador, aunque éste ignorase que la cosa legada era aiena, id.

TITULO 25.

NOCIONES GENERALES SOBRE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

CAPÍTULO I.

De las obligaciones en general pág. 557

1. Que sea obligacion y sus divisiones , , , , , 557
2. ¿Qué es obligacion civil y de dónde dimana? , , , , , 558
3. Personas que no pueden obligar civilmente.—Los derechos y obligaciones

- que no son inherentes á la persona que las adquirió ó las contrajo, pasan á los sucesores por el título universal ó particular , , , , 558
4. ¿Cuál es la obligacion condicional? , , , , id.
5. Cuando la condicion se refiere á un hecho verificado, y aunque ignorado de los que contratan la obligacion, produce efecto desde el momento que ha sido contraida , , , , id.
6. La condicion imposible ó contraria á las buenas costumbres anula la obligacion , , , , id.
7. La condicion cumplida se refiere al tiempo de contraerse la obligacion, , id.
8. Cuando se contrae bajo la condicion de que un suceso no tenga lugar dentro de cierto tiempo determinado, la obligacion es eficaz si el tiempo que se prefijó pasase sin haberse verificado el suceso, , , , id.
9. Se entiende cumplida una obligacion, cuando el no verificarse proviene de culpa del obligado á ejecutarla , , , , 559
10. Toda condicion debe cumplirse en los términos convenidos por los contrayentes , , , , id.
11. El término ó plazo puesto en las obligaciones, retarda la ejecucion de éstas hasta que llegue aquel, , , , id.
12. La obligacion de dar ó hacer alguna cosa hasta cierto dia espira llegado éste , , , , id.
13. Siempre que en las obligaciones se designa término, se presume que éste se ha establecido en beneficio del deudor, , , , id.
14. ¿Qué sea obligacion alternativa? El deudor en esta clase de obligaciones se liberta entregando ó ejecutando una de las dos cosas que era objeto de la obligacion, , , , id.
15. Aunque la obligacion haya sido alternativa, se presume contraida simplemente, cuando una de las dos cosas prometidas no podia ser objeto de aquella, , , , id.
16. Cuando la obligacion alternativa consiste en dar ó hacer alguna cosa á favor de una de dos personas, se liberta el deudor cumpliendo con una de ellas , , , , 560
17. Las obligaciones mancomunadas pueden verificarse entre acreedores y deudores , , , , id.
18. El deudor tiene la eleccion de pagar á cualquiera de los acreedores mancomunados, y escepciones de esta regla, , , , id.
19. ¿Cuándo hay mancomunidad entre deudores? , , , , id.
20. Para que la mancomunidad se entienda establecida, es preciso estipularla espresamente , , , , id.
21. Aunque el acreedor haya establecido contra uno de los herederos mancomunados la reclamacion del pago de la totalidad de la deuda, no perderá el derecho de dirigirla tambien contra cualquiera de los deudores cuando aquella haya sido ineficaz , , , , id.
22. El pago total hecho por uno de los deudores estingue la obligacion de los demás para con el acreedor, , , , 561
23. ¿Qué sean obligaciones divisibles ó indivisibles? , , , , id.
24. La mancomunidad de un contrato no supone que la obligacion sea indivisible, , , , id.
25. ¿Qué son obligaciones con cláusula penal? , , , , id.
26. Llegando el tiempo en que el deudor debió cumplir su obligacion sin haber-

	lo verificado, tiene el acreedor derecho á pedir el cumplimiento ó la pena establecida , , , , , , , , , ,	561
27.	Efectos que producen las obligaciones , , , , , , , , , ,	562
28.	Reglas que deberán regir por lo que hace al tiempo en que deberán cumplirse las obligaciones , , , , , , , , , ,	id.
29.	Escepcion de las reglas anteriores , , , , , , , , , ,	563

CAPÍTULO II.

	<i>De los contratos en general</i>	pág 563
1.	Entre nosotros no tiene lugar el sistema de las estipulaciones romanas, ,	563
2.	¿Qué sea contrato? y sus divisiones , , , , , , , , , ,	564
3.	¿Qué sea contrato oneroso y sus efectos? , , , , , , , , , ,	id.
4.	¿Si se perderán las arras en caso de haberlas y de no verificarse el contrato? , , , , , , , , , ,	id.
5.	Los contratos pueden ser modificados con toda especie de pactos y condiciones , , , , , , , , , ,	id.
6.	Los contratos solo producen efecto respecto á las personas que los otorgan, ,	id.
7.	Los contratos obligan á cumplir no solo lo que se espresa en ellos, sino tambien todo lo que exige la naturaleza misma del convenio , , ,	id.
8.	Requisitos necesarios para la validez del contrato, , , , ,	565
9.	No será válido el contrato cuando interviene error, violencia ó dolo , ,	id.
10.	El error ó la ignorancia del derecho á nadie aprovecha para utilizar ó mejorar su condicion , , , , , , , , , ,	id.
11.	Tambien es nulo el contrato cuando se ha empleado violencia contra el que lo celebró , , , , , , , , , ,	id.
12.	Es nulo tambien cuando ha intervenido dolo, , , , , , , , , ,	id.
13.	Solo pueden ser objeto de los contratos las cosas que están en el comercio de los hombres , , , , , , , , , ,	566
14.	El simple uso ó la posesion de una cosa puede ser tambien objeto de un contrato , , , , , , , , , ,	id.
15.	¿A qué deberá atenderse cuando ocurren dudas acerca de la inteligencia de los contratos? , , , , , , , , , ,	id.
16.	Reglas que deberán observarse en la interpretaci6n de las dudas que resulten de las cláusulas de un contrato, , , , , , , , , ,	id.
17 y 18.	Caso en que hay lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, y reglas para la prestacion de culpa, , , , , , , , , ,	id.
19.	El que se ofrece voluntariamente á prestar servicios ó desempeñar encargos, está obligado á emplear una diligencia esmerada , , , , ,	567
20.	Cuando por no haber cumplido el contrato uno de los contrayentes pidiere al otro la rescision, tiene tambien derecho á reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios, , , , , , , , , ,	id.
21.	¿A qué se reduce por punto general el resarcimiento de daños y perjuicios, ,	id.
22.	Especies de contratos nominados , , , , , , , , , ,	568

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

	<i>Sobre los contratos y obligaciones en general</i>	pág. 568
	Contratacion y sus efectos, 568 al, , , , , , , , , ,	577
	Causas que invalidan los contratos, 567 al, , , , , , , , , ,	590

Diversas obligaciones, 590 al , , , , , , , , ,	595
Distincion de las obligaciones, 595 al , , , , , , , , ,	600

TÍTULO 26.

DE LA COMPRA Y VENTA.

CAPÍTULO I.

De la naturaleza de este contrato, de los requisitos necesarios para que sea válido; de las cosas que pueden ó no venderse; de la lesion enorme, y de las respectivas obligaciones de los contratantes..... pág. 600

1. Definicion del contrato de venta, , , , , , , , , 602
2. Requisitos necesarios para la validez del mismo, , , , , , id.
3. La ley no exige como formalidad necesaria para la validez de este contrato que se haga su otorgamiento en escritura pública ni privada, á menos que sea de bienes raices, , , , , , , , , id.
4. En las cosas que se venden por número, peso ó medida no hay venta hasta que se hayan contado, pesado ó medido, , , , , , , , id.
5. Perfeccionada la venta es de cargo del comprador el detrimento ó mejora que acaezca á la cosa vendida, , , , , , , , id.
6. La promesa de vender á dicho plazo, es obligatoria siempre que haya mútuo convenio, , , , , , , , , 603
7. Si la venta es condicional y la cosa se mejora ó empeora antes que aquella se cumpla, pertenece tambien su aumento ó menoscabo al comprador, id.
8. Dádase sobre á quien pertenece el aumento ó disminucion cuando se vende algun predio contiguo á un rio y por aluvion se mejora ó deteriora, id.
9. Consistiendo en número, peso ó medida lo que se vende, si el comprador lo gusta, pesa ó mide, le toca igualmente el aumento ó pérdida posterior; pero no el anterior, , , , , , , , , id.
10. Despues de entregar al comprador la finca, le corresponden sus utilidades y frutos, , , , , , , , , id.
11. Opinion de varios autores sobre si pertenecen al comprador los frutos que produce la finca despues de perfeccionado el contrato y antes de su entrega, , , , , , , , , 604
12. ¿Entre qué personas está prohibido el contrato de venta?, , , , , id.
13. No pueden comprar los empleados bienes algunos en el ramo que administran, ni los jueces en el término sujeto á su jurisdiccion, , , , 605
14. Ninguno puede recibir cosa alguna por compra ó cambio del esclavo sin licencia de su señor: esta doctrina no puede tener lugar en el dia, supuesto la abolicion de la esclavitud, , , , , , , , id.
15. Los clérigos están privados igualmente de comprar y vender por via de negociacion, , , , , , , , , id.
16. Los menores tampoco pueden comprar ni vender sin licencia de sus tutores ó curadores, , , , , , , , , id.
17. Regularmente hablando nadie puede ser precisado á comprar ó á vender á no ser en los casos que se espresan, , , , , , , , id.

NUMS.	PAGINAS.
18. Cosas que pueden ó no venderse, , , , , , , , , ,	606
19. No pueden venderse los créditos no liquidados ni los bienes litigios hasta que el juicio concluya, , , , , , , , , ,	id.
20. Si se vende una cosa agena sin el correspondiente poder de su dueño, tendrá éste derecho á reclamarla juntamente con el resarcimiento de los perjuicios que se hubieren seguido, , , , , , , , , ,	607
21. ¿Qué deberá hacerse si alguno vendiere una misma cosa á dos distintas personas? , , , , , , , , , ,	id
22. En la venta de una finca se incluyen las cosas accesorias y adherentes á ellas, , , , , , , , , ,	id.
23. ¿Qué cosas deben venderse en pública subasta? , , , , , , , , , ,	id.
24. Calidades que debe tener el precio, , , , , , , , , ,	608
25. Si en la venta de una cosa inmueble hubiere sido perjudicado cualquiera de los contrayentes en mas de la mitad del justo precio, les corresponde el derecho de pedir el suplemento ó en su defecto la rescision del contrato, , , , , , , , , ,	id.
26. Qué deberá hacerse cuando alguno de los contrayentes ha sufrido lesion? , , , , , , , , , ,	id.
27. Una de las obligaciones del vendedor es entregar al comprador la cosa vendida, , , , , , , , , ,	609
28. Celebrada la venta por mayor de cualquiera especie, si el vendedor espresare que habia una cantidad determinada, deberá entregar ésta al comprador; pero no si nada hubiere espresado, , , , , , , , , ,	id.
29. Otra de las obligaciones del vendedor es quedar responsable á la eviccion y saneamiento, , , , , , , , , ,	610
30. Demandado el comprador sobre la cosa vendida debe hacerlo saber al vendedor, , , , , , , , , ,	id.
31. Aunque en el contrato no se haga estipulacion alguna acerca de la eviccion, no por eso dejará de estar obligado el vendedor á sanear la cosa vendida	id.
32. Resultando la responsabilidad de un hecho personal al vendedor siempre estará obligado al saneamiento, , , , , , , , , ,	id.
33. En la venta de cosa agena puede emplazarse al comprador, y si éste emplaza al vendedor y se presenta en juicio deberá el dueño seguir el pleito con el vendedor, , , , , , , , , ,	id.
34. Vencido el comprador en juicio por una parte de la cosa vendida puede pedir la rescision del contrato si dicha parte fuere de entidad, , , , , , , , , ,	611
35. Casos en que no tiene lugar la eviccion, , , , , , , , , ,	id.
36. Pero habrá lugar á la eviccion cuando la cosa vendida estaba gravada con servidumbres, censos ó cualquiera otra carga que no se hubiere manifestado al tiempo de la venta, , , , , , , , , ,	id.
37. El vendedor es responsable tambien al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa vendida que no se manifestaron al tiempo de la venta, , , , , , , , , ,	id.
38. Si la cosa pereciere por causa de dichos defectos ocultos, será responsable el vendedor de esta pérdida, , , , , , , , , ,	612
39. Casos en que no será responsable el vendedor de los defectos y vicios que tenga la cosa vendida, , , , , , , , , ,	id.
40. ¿Cuáles son las obligaciones del comprador? , , , , , , , , , ,	id.
41. Temiendo el comprador por justo motivo que algun tercero pueda reclamar la cosa vendida, podrá suspender la entrega del precio, , , , , , , , , ,	613
42. No pagando el comprador á su debido tiempo podrá el vendedor pedir, bien	

- sea la rescision de la venta ó el cumplimiento del contrato, , , , 613
43. El comprador está obligado á abonar al vendedor los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, en el tiempo que mediaré desde la venta hasta la entrega del precio, , , , , , , , id.
44. El contrato de compra y venta cuando versa sobre cosas que son objeto del tráfico mercantil se registrá por las disposiciones del código de comercio, que entre nosotros son hasta ahora las contenidas en los ordenanzas de Bilbao, , , , , , , , , , , id.

CAPÍTULO II.

De los pactos que suelen añadirse al contrato de compra y venta..... pág. 614

1. ¿Qué sea pacto de retroventa? y modo como se ha de redactar la cláusula en que éste se contiene, , , , , , , , , 614
2. Para que se verifique la retroventa ha de restituir el vendedor el precio íntegro que recibió, y el comprador la cosa vendida en el mismo estado que pasó á su poder, , , , , , , , , id.
3. Término que se ha de prefijar para la restitucion de la cosa vendida, , , , , id.
4. Los frutos pertenecen al comprador mientras tenga la cosa en su poder, , 615
5. ¿Contra quién podrá intentarse la accion para pedir la retroventa? , , id.
6. ¿Cuál es el pacto comisorio?, , , , , , , , id.
7. Si se rescinde el contrato en virtud de este pacto ha de restituir el vendedor la cosa con los frutos que haya producido, , , , , id.
8. ¿Á qué se reduce el pacto llamado *adicion* ó señalamiento de día?, , 616
9. Presentándose un tercero que mejore la venta, deberá el vendedor hacerlo saber al comprador, , , , , , , , id.
10. Requisitos que deben concurrir en este pacto para que sea válido, , , id.
11. ¿Cuál es el pacto llamado debitorio?, , , , , , , id.
12. ¿Será válido el pacto de no enagenar la cosa vendida?, , , , , 617.

CAPÍTULO III.

De la venta de derechos incorpóreos y de las cláusulas que suelen ponerse en las escrituras de venta..... pág. 617

1. Los derechos incorpóreos pueden ser tambien objeto del contrato de compra y venta, , , , , , , , , 617
2. Verificada la entrega del título para traspasar un derecho ó accion contra un tercero, debe notificarse á éste dicho traspaso, á fin de que el comprador ó cesionario pueda usar contra él de su derecho. , , , id.
3. El que vende un crédito ó derecho, no por eso se hace responsable de la solvencia del deudor, , , , , , , , 618
4. El que traspasa ó vende un derecho hereditario no tiene otra responsabilidad que la de asegurar su calidad de heredero, , , , , id.
5. Cuando la cesion ó traspaso es de un derecho litigioso ¿á qué podrá obligarse el cesionario?, , , , , , , , id.
6. Hasta el fin de este capítulo. *Cláusulas que debe tener la escritura de venta*, 618 hasta, , , , , , , , , 621

CAPÍTULO IV.

De la alcabala, luismo y derecho de amortizacion..... pág. 621

1. Alcabala que sea, su origen y materia de ella, , , , , , , 621

NUMS.

PAGINAS

2. Personas y objetos que no deben pagarla, , , , , , , , ,	622
3. Se debe de la venta voluntaria y forzada, dacion en pago y rifas; no en las particiones y adjudicaciones hereditarias, ni en la simple promesa de vender, , , , , , , , ,	id.
4. Nace desde la perfeccion del contrato por lo que falta en los nulos <i>ipso jure</i> , y no en los que se rescinden excepto por restitucion <i>in integrum</i> , ,	623
5. No se causa en los contratos revocados <i>incontinenti</i> ; pero sí, aunque simple, en los revocados ex intervalo, , , , , , , , ,	id.
6. No en la venta rescindida en el caso de pacto de la ley comisaria, ,	id.
7. Es simple cuando se verifica el pacto de la adicion á dia: en el de venta hecha á carta de gracia á no ser que esta cláusula sea añadida despues de concluido el negocio, , , , , , , , ,	id.
8. Y en el de retractos de abolengos, , , , , , , , ,	624
9. Doble en la permuta, , , , , , , , ,	id.
10. El mismo derecho se causa en los censos, tanto en su imposicion como en su venta y redencion, , , , , , , , ,	id.
11. En el depósito regular y arrendamiento, , , , , , , , ,	id.
12. En la trasmision de fincas censuadas solo se cobra de la parte libre de las hipotecas y no por todo su valor, , , , , , , , ,	id.
13. Del luismo, , , , , , , , ,	id.
14 al 19. Derecho del quince por ciento que pagan las manos muertas en sus adquisiciones, 624 al, , , , , , , , ,	626

CAPÍTULO V.

De los oficios de hipotecas..... pág. 626

1. Creacion de los oficios de hipotecas, , , , , , , , ,	626
2. Escrituras que deben registrarse en ellos , , , , , , , , ,	id.
3. Términos en que debe verificarse el registro, , , , , , , , ,	627
4. Para la toma de razon se ha de presentar la escritura original , , ,	id.
5. Donde debe hacerse el registro, , , , , , , , ,	628
6. Todo lo demás relativo á esta materia remisivamente, , , , ,	id.

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre el título de compra y venta..... pág. 628

Naturaleza de la compra, 628 al, , , , , , , , ,	633
Pactos resolutivos, 633 al, , , , , , , , ,	637

TÍTULO 27.

DE LOS RETRACTOS.

CAPÍTULO I.

De la naturaleza del retracto, del gentilicio, y de las personas á quienes compete..... pág. 638

1. ¿Qué se entiende por retracto, y qué por derecho de tanteo?, , , , ,	638
---	-----

2. Diferentes especies en que se divide el retracto, , , , , , id.
3. ¿A qué personas compete el retracto gentilicio?, , , , , id.
4. De este derecho puede usar el hijo ó descendiente desheredado , , , id.
5. Corresponde tambien este derecho á los clérigos y demás personas que disfrutan fuero eclesiástico, tanto entre sí mismos como interviniendo legos, 638 y, , , , , , , , , , , 639
6. El retracto gentilicio no compete al heredero estraño del próximo pariente que falleció dentro del tiempo en que podría retraer la finca vendida, á no ser que el difunto hubiese dejado contestado el pleito, , , id.
7. Si el dueño de una finca patrimonial ó abolenga quisiere venderla por dinero de contado á un estraño, y algun pariente dentro del cuarto grado quisiere retraerla tambien, debe éste ser preferido por el tanto al estraño, id.
8. El pariente podrá retraer cuando el dueño de la finca patrimonial ó abolenga la da á censo reservativo, , , , , , , , , id.
9. El pariente mas cercano del vendedor es preferido al mas remoto, debiendo considerarse esta proximidad de parentesco con relacion al vendedor, 639 y 640
10. La computacion de grados en los retractos debe ser civil , , , , id.

CAPÍTULO II.

De las cosas que pueden ser objeto del retracto gentilicio y del término legal concedido para usar de este derecho. pág. 640

1. Bienes que pueden ser objeto del retracto, , , , , , , 640
2. Pueden retraerse los bienes raices vendidos en almoneda judicial, ya sea voluntaria ó necesaria, , , , , , , , , 641
3. Dándose apreciados al acreedor los bienes del deudor, por cantidad de dinero que éste le debe, puede retraerlos tambien su pariente ó socio, , , id.
4. Habrá tambien lugar al retracto cuando se vendiesen varias fincas patrimoniales ó abolengas, , , , , , , , , id.
5. Si dichas fincas fueren vendidas al fiado, podrá retraerlas tambien el pariente con tal que en el término de nueve dias siguientes al de la venta, afiance que al tiempo estipulado pagará su importe al vendedor, , , id.
6. Si la finca patrimonial ó abolenga se vende juntamente con otra que no lo es, será admitido tambien el pariente al retracto de la patrimonial, 641 y 642
7. No compareciendo ningun pariente en el término legal á retraer la finca patrimonial, no se podrá intentar el retracto, aun cuando vuelva otra vez á poder del vendedor , , , , , , , , , id.
8. El derecho de retracto no tiene lugar en las ventas que son nulas por falta de solemnidad, ni en las simuladas, , , , , , , , , id.
9. El término legal para retraer es de nueve dias , , , , , , , id.
10. Este término es perentorio é improrogable, y corre contra los menores, 642 y, 643
11. Habiendo frutos pendientes en la finca al tiempo que se vende, si dentro de los nueve dias siguientes al de la venta los coge y percibe el comprador, y en los mismos la retrae el pariente, debe devolvérselos aquel, , , id.
12. Resumen de la doctrina legal sobre esta materia, , , , , id.

CAPÍTULO III.

De otras especies de retractos. pág. 644

1. Justicia y utilidad del retracto de comuneros, , , , , , 644

2. Requisitos para que el sócio ó participe en la finca pueda retraerla por el tanto, , , , , , , , , , , id.
3. Otras especies de retractos. Cuando uno de los enfitéutas que posee proindiviso una finca vende su parte á un estraño, podrá el condueño retraerla del estraño, 644 y , , , , , , , , , , 645
4. Si el que tiene la propiedad sola de una cosa la vende al usufructuario de la misma, podrá retraerla el sócio en la misma propiedad, , , , id.
5. Tiene tambien lugar el retracto de comunion en la servidumbre , , , id.
6. Siendo muchos los sócios ó partícipes, puede cada uno por sí solo retraer la finca vendida á un estraño , , , , , , , , , , id.
7. No podrá retraer la finca por razon de comunion el dueño del censo reservativo, si el censuario quisiere venderla, , , , , , , , , id.
8. Instituyendo el testador á uno por su heredero, y legando á otro una parte de sus bienes, si el heredero quiere vender la finca patrimonial heredada, el legatario no tendrá accion á retraerla por razon de comunion , , , id.
9. Requisitos que han de concurrir para que tenga lugar el retracto de comunion, 645 y , , , , , , , , , , , , , , 646
10. En el caso de que el comprador deba algo al que retrae, pueda éste compensarlo con el precio de la parte vendida, , , , , , , , , id.
11. Otro de los retractos legales es el concedido á los dueños directo y superficiario , , , , , , , , , , , , , , id.
12. Casos en que el señor puede ó no retraer la finca enfitéutica, , , , id.
13. Concurriendo al retracto el señor directo y superficiario con el pariente ó con el consócio ¿cuál será preferido? , , , , , , , , id.
- 14 al 26. Otros retractos que las leyes conceden en consideracion al bien comun, 646 al , , , , , , , , , , , , , , 649

OBSERVACIONES FILOSÓFICAS.

Sobre los retractos, 649 hasta, , , , , , , , , , 653

APÉNDICE.

FORMULARIOS CORRESPONDIENTES Á LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE PRIMER TOMO.

PARTE PRIMERA.

Escrituras correspondientes á la patria potestad, esponsales, matrimonio, dotes, arras, bienes parafernales y gananciales.... pág. 656

1. Escritura de aprendiz, 656 y , , , , , , , , , , 657
2. Escritura de pupilo, 657 y , , , , , , , , , , 658
3. Escritura de palabra de casamiento, 658 y , , , , , , , , , , 659
4. Escritura de apartamiento y disolucion de esponsales , , , , , id.
5. Escritura de licencia de padre á hijo para casarse, 659 y , , , , , 660
6. Escritura de capitulaciones matrimoniales, 660 hasta, , , , , 662
7. Escritura de capital, 662 hasta, , , , , , , , , , 664

Escrituras correspondientes al tratado de la dote..... pág. 664

8. Carta de pago y recibo de dote , , , , , , , , , , 664

NUMS.

PÁGINAS.

9.ª	Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales , , , , ,	664
10.ª	Carta de dote confesada , , , , , , , , ,	id.
11.ª	Modo de estender la carta de dote y capital en virtud de aprecio judicial,	id.
8.	Carta de pago y recibo de dote, 664 hasta, , , , , , , ,	666
9.	Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales, 666 y , , ,	667
10.	Carta de dote confesada, 667 y, , , , , , , , ,	668
11.	Del modo de estender la carta de dote y capital en virtud de apremio judicial , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
12.	Escritura de arras, 668 y, , , , , , , , , , , , , ,	669
13.	Pedimento y demás diligencias para la adopcion, 669 y , , , , ,	670
Id.	Informacion. Testigo primero , , , , , , , , , ,	id.
14.	Escritura de adopcion, 670 y , , , , , , , , , ,	671
15.	Legitimacion, , , , , , , , , , , , , , ,	672
16.	Escritura de emancipacion, 672 y, , , , , , , , , , , , , ,	673

Forma de estender los autos de tutela y curaduria de bienes pág. 673

17.	Pedimento, 673 y, , , , , , , , , , , , , , ,	674
18.	Notificacion, aceptacion, juramento y obligacion de la curadora, 674 y ,	675
19.	Discernimiento de la tutela y curaduria de bienes, 675 hasta , , , ,	677
Id.	Notas, , , , , , , , , , , , , , ,	id.

Formulario de pedimentos ó demandas con sus correspondientes autos, sobre las principales materias contenidas en esta primera parte. pág. 677

20.	1.º Pedimento de dote no prometida , , , , , , , , , ,	677
Id.	2.º Pedimento de dote prometida no constando de escritura la promesa, ,	id.
Id.	3.º Demanda pidiendo el exceso de una dote inoficiosa, , , , ,	id.
Id.	4.º Pedimento de una viuda para recuperar su dote, 677 y, , , ,	678

Sobre la adopcion. pág. 678

21.	1.º Pedimento para la adopcion , , , , , , , , , ,	678
-----	--	-----

Sobre tutelas. pág. 678

22.	1.º Pedimento pidiendo una madre se le discierna el cargo de tutora, 678 y	679
23.	2.º Pedimento de un tutor testamentario pidiendo la tutela, , , ,	id.
24.	3.º Pedimento pidiendo un tutor legítimo la tutela, , , , ,	id.
25.	4.º Pedimento de un menor pidiendo cuentas á su tutor, 679 y , ,	680
26.	5.º Pedimento de una viuda solicitando se nombre tutor á sus hijos para pasar á segundas nupcias , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
27.	6.º Pedimento solicitando la remocion de un tutor sospechoso en la tutela,	id.
28.	7.º Pedimento de un tutor solicitando licencia para vender una finca de su menor, 680 y, , , , , , , , , , , , , , ,	681
29.	8.º Demanda de nulidad de la venta que hizo un curador de una heredad de su menor, , , , , , , , , , , , , , ,	id.

Sobre alimentos. pág. 681

30.	1.º Pedimento para la tasacion de alimentos á un menor, 681 y, , , ,	682
	Otro auto de la tasacion de alimentos, , , , , , , , , , , , , , ,	id.
31.	2.º Peticion para la protestacion de alimentos, , , , , , , , , , , , , , ,	id.

PARTE SEGUNDA.

ESCRITURAS CONCERNIENTES A LA MATERIA DE TESTAMENTOS.

32.	1.º Testamento regular, 683 hasta , , , , , , , , ,	685
Id.	2.º Declaracion de la dote que la muger llevó al matrimonio, y de lo que su marido le ofreció en arras, , , , , , , , ,	id.
Id.	3.º Declaracion del capital que llevó el marido, , , , , , , , ,	id.
Id.	4.º Otra de los hijos que el testador tiene, y de lo que dió á uno de ellos en cuenta de su legítima, 685 y , , , , , , , , ,	686
Id.	5.º Legado el quinto por alimentos á un hijo natural , , , , ,	id.
Id.	6.º Institucion de heredero á un hijo natural por falta de descendientes legítimos , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
Id.	7.º Mejora del tercio y quinto hecha á una hija que llevó dote cuando se casó, , , , , , , , , , , , , , ,	id.
Id.	8.º Mejora que hace el padre á un hijo á quien por contrato oneroso prometió mejorar , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
Id.	9.º Legado de cosa empeñada en poder del testador , , , , ,	id.
Id.	10.º Revocacion ad cautelam con cláusulas derogativas del testamento que otorga una muger, , , , , , , , , , , , , , ,	687
Id.	11.º Cláusulas de exheredacion , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
33.	12.º Otorgamiento del testamento cerrado, y diligencias para su apertura, 687 y , , , , , , , , , , , , , , ,	688
Id.	13.º Pedimento para la apertura del testamento cerrado. , , , , ,	id.
Id.	14.º Auto, , , , , , , , , , , , , , ,	id.

Informacion. pág. 688

33.	15.º Primer testigo, , , , , , , , , , , , , , ,	688
Id.	16.º Auto, , , , , , , , , , , , , , ,	689
Id.	17.º Diligencia de apertura , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
Id.	18.º Auto, , , , , , , , , , , , , , ,	id.
34.	19.º Diligencia para declarar por testamento nuncupativo el dispuesto de palabra ante testigos, 689 y, , , , , , , , , , , , , , ,	690
Id.	20. Auto , , , , , , , , , , , , , , ,	id.

Informacion pág. 690

34.	21. Primer testigo, 690 y , , , , , , , , , , , , , , ,	691
Id.	id. Nota , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
Id.	22. Auto , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
Id.	id. Nota , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
35.	23. Codicilo abierto, 691 y, , , , , , , , , , , , , , ,	692
36.	24. Otorgamiento de codicilo cerrado, , , , , , , , , , , , , , ,	id.
37.	Poder para testar , , , , , , , , , , , , , , ,	693
38.	Testamento en virtud de poder, 694 y , , , , , , , , , , , , , , ,	695
39.	Declaracion de pobre , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
40.	Aceptacion de herencia , , , , , , , , , , , , , , ,	id.
41.	Repudiacion de herencia, 695 y, , , , , , , , , , , , , , ,	696
42.	Licencia para testar, 696 y , , , , , , , , , , , , , , ,	697

Fórmula pág. 697

43.	Para nombrar testamentarios universales en el caso en que se habla en el párrafo 4, cap. 17 de los testamentos, 697 y , , , , , , , , ,	698
-----	---	-----

CONTINUACION DE LA PARTE SEGUNDA.

FORMULARIOS.

De las escrituras correspondientes al título de los mayorazgos, patronatos, capellanías y sus agregaciones..... pág. 698

- | | | |
|-----|--|-----|
| 44. | Fundacion de capellanía colativa, 698 hasta , , , , , , , , , | 702 |
| 45. | Nombramiento de capellan, 702 y, , , , , , , , , | 703 |
| 46. | Fundacion de escuelas de primeras letras, 703 hasta , , , , , | 708 |
| 47. | Fundacion de memoria para casar huérfanas, 708 hasta , , , , , | 714 |

SIGUE LA PARTE SEGUNDA.

FORMULARIOS DE ESCRITOS Ó PEDIMENTOS.

Sobre testamentos. pág. 715

- | | | |
|-----|---|-----|
| 48. | 1.º Pedimento para que un testamento nuncupativo se reduzca á escritura pública , , , , , , , , , , , , , , , | 715 |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 49. | 2.º Pedimento pidiendo la apertura de un testamento cerrado , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 50. | 3.º Pedimento pidiendo que se inventarien los bienes del difunto, 715 y, , , , , | 716 |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 51. | 4.º Pedimento solicitando el heredero la posesion de los bienes hereditarios, , , , , | id. |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 52. | 5.º Pedimento de un tercero contradiciendo la posesion, 716 y , , , , , | 717 |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 53. | 6.º Pedimento para pedir un heredero abintestato la posesion de los bienes, , , , , | id. |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 54. | 7.º Demanda de nulidad de un testamento en que el heredero escribió la institucion , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 55. | 8.º Pedimento de nulidad de un testamento por exheredacion sin expresion de causa, 717 y, , , , , , , , , , , , , , , | 718 |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 56. | 9.º Demanda solicitando la herencia un sustituto pupilar , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 57. | 10.º Pedimento de contradiccion de la hija póstuma, , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 58. | 11.º Pedimento para pedir la subsistencia ó validez de un codicilo, , , , , | 719 |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 59. | 12.º Pedimento solicitando una viuda la cuarta marital , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto , , , , , , , , , , , , , , , | id. |

Sobre capellanías..... pág. 720

- | | | |
|-----|---|-----|
| 60. | 1.º Pedimento de oposicion á capellanía, , , , , , , , , , , | 720 |
| Id. | id. Auto, , , , , , , , , , , , , , , | id. |
| 61. | 2.º Pedimento de oposicion de un tercero, , , , , , , , , , , | id. |
| Id. | id. Auto ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; ; | id. |



62.	3.º Pedimento de oposicion en forma , , , , , , , , , ,	720
Id.	id. Auto , , , , , , , , , ,	id.

*Formulario perteneciente al tit. 24 de la rescision de las particio-
nes y de la eviccion á que quedan obligados los coherederos ...pág. 721*

1.	Demanda de nulidad de particiones por via de restitution , , , , ,	721
2.	Demanda sobre rescision de particiones , , , , ,	id.
	Apéndice. Modo práctico de hacer las particiones, 721 y, , , ,	722
	Modelos ó ejemplares de particion. Ejemplo primero. Particion de los bienes que dejó el marido entre su viuda é hijos de ambos, con me- jora y colacion, 722 hasta, , , , ,	732
	Ejemplo segundo. Particion de los bienes del marido entre su viuda é hi- jos de dos matrimonios, con reserva, mejora ó colacion, 733 hasta, ,	751
	Particion estrajudicial hecha por los mismos herederos y reducida á ins- trumento público, 751 y siguientes.	

Formulario correspondiente al tit. 26 de compra y venta.....pág. 755

1.	Id. Escritura de venta de una casa, 755 hasta, , , , ,	757
2.	Id. Cláusula de venta y tasacion, 757 y , , , , ,	758
3.	Id. Promesa de vender , , , , ,	id.
4.	Id. Escritura de venta de lana, 758 y , , , , ,	759
5.	Id. id. de venta de derechos, , , , ,	id.
6.	Id. id. de venta de censo , , , , ,	id.
7.	Id. id. de venta de juro 760 y , , , , ,	761
8.	Id. id. de venta de un oficio renunciante de escribano, 761 y, , ,	762
9.	Id. id. de venta de bestia, , , , ,	id.
10.	Id. id. de venta judicial, 762 y, , , , ,	763
11.	Id. id. de retroventa 763 y, , , , ,	764
12.	Id. Posesion judicial, , , , ,	id.
13.	Id. Acto para dar posesion judicial , , , , ,	id.
14.	Id. Posesion judicial de una cosa, 764 y , , , , ,	765
15.	Id. Testimonio para el pago de una finca vendida, , , , ,	id.
16.	Id. Demanda de compra, 765 y, , , , ,	766
17.	Id. Demanda de venta , , , , ,	id.
18.	Id. Pedimento de nulidad de venta por lesion enormísima, , , , ,	id.
19.	Id. id. por lesion enorme , , , , ,	id.
20.	Id. id. solicitando alguno que otro salga á la eviccion , , , , ,	id.
21.	Id. Demanda de eviccion, 766 y, , , , ,	767
22.	Id. Pedimento de un tutor solicitando licencia para vender una finca de su menor , , , , ,	id.
23.	Demanda de nulidad de la venta que hizo un curador de una heredad de un menor, , , , ,	id.
	Id. Correspondiente al tit. 27 de los retractos. Demanda de retractos, 767 y	768
	Índice de las materias contenidas en el tomo primero, , , , ,	769

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO PRIMERO.

